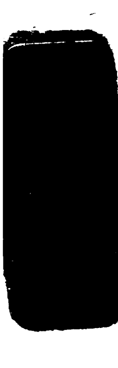

WIDENER LIBRARY
HX GFEM V




SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS







Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich=Alexanders Universität
in Erlangen.

Vier und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1823.

Fortsetzung

des Commentars über den Titel der Pandecten.

De ritu nuptiarum.

§. 1216. b.

Ehebruch, als vernichtendes Ehehinderniß, nach dem canonischen Rechte.

Ich komme nun 2) auf das Eheverbot des canonischen Rechts wegen verübten Ehebruchs, und bemerke zuvor im allgemeinen, daß zwar dasselbe anfangs dem Eheverbote des römischen Rechts durch den erweiterten Begriff des Ehebruchs eine noch größere Ausdehnung gegeben, nachher aber durch Gratian's schlechte Erklärung einiger Kirchen-Canonen, welcher die Päbste in ihren neuern Verordnungen blindlings folgten, auf eine zu nachsichtige Art modificirt hat. Die ältern Canonen bis auf Gratian kennen keine Einschränkung dieses Eheverbots, und die neuern Rechtsgelehrten [1]), welche schon vor Gratian eine solche Ein-

1) S. Ed. Schrader's Abhandlungen aus dem Civil-Rechte. 1. B. Nr. I. §. 4.

schränkung, als in den Decretalen der Päbste ausgesprochen wird, in den Aussprüchen der Kirchenväter, und den Canonen der Concilien zu finden vermeint haben, sind, wie Gratian, durch Mißverstand irregeleitet worden. Zwar könnte es scheinen, schon Augustinus, ein kirchlicher Schriftsteller des fünften Jahrhunderts, habe gesagt, das von ihrem Manne verstoßene Weib könne nach desselben Tode eine gültige Ehe mit dem selbst schließen, mit welchem sie vorher Ehebruch begieng. Wie verführerisch sind nicht die Worte dieses Kirchenvaters bey Gratian *can.* 2. *C. XXXI. Qu.* 1.

Denique mortuo viro, cum quo verum connubium fuit, fieri potest coniugium, cum quo praecessit adulterium?

Nun haben freylich wohl die römischen Correctoren dabey bemerkt, in den Ausgaben der Werke des Augustinus, und in einer vatikanischen Handschrift, auch in einem Exemplar von Gratian's Decrete heißt es: *fieri verum connubium non potest;* und hiermit wäre denn, falls diese Leseart richtig wäre, alle Schwierigkeit gehoben [2]). Allein dieselben römischen Correctoren fügen ja hinzu, in zwey neuern vatikanischen Handschriften fehle die Negation. Sie scheinen es also in Ungewißheit gelassen zu haben, welcher Leseart sie den Vorzug geben. Soviel ist gewiß, daß Gratian's Handschrift so las, wie der *can.* 2. enthält. Dies beweist Gratians Bemerkung

2) Der negativen Leseart geben auch wirklich Cujacius Commentar. in Tit. 7. libri IV. Decretal. ad Cap. 1. de eo, qui duxit in matrim. Altesserra Innocentius III. ad cap. 6 et 7. X. de eo, qui duxit in matrim. quam polluit per adult. pag. 514. und *van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. 8. §. 2. den Vorzug.

bey diesem Texte, und auch die Benedictiner, welche gewiß bey ihrer Ausgabe der Werke des Augustinus mit kritischer Genauigkeit alles prüften, melden uns, daß in den besten Handschriften die Negationspartikel nicht befindlich sey. Vergleicht man aber die vom Gratian excerpirte Stelle des afrikanischen Bischofs in ihrem Zusammenhange, aus welchem sie gerissen ist, so wird es klar werden, daß sie unser Eheverbot gar nicht betreffe. Die Stelle selbst ist aus des AUGUSTINI *libris de nuptiis et concupiscentia ad* VALERIUM, Comitem publicis negotiis praefectum, und zwar Lib. I. cap. 10.[3]) genommen, und lautet im Zusammenhange folgendermassen: Hoc custoditur in Christo et Ecclesia, ut vivens cum vivente nullo divortio in aeternum separetur. — Quod si quisquam fecerit, non lege huius saeculi, ubi, interveniente repudio, sine crimine conceditur cum aliis alia copulare connubia, quod etiam sanctum *Moysem* Dominus propter duritiam cordis illorum Israelitis permisisse testatur, sed lege Evangelii reus est adulterii, sicut etiam illa, si alteri nupserit. Usque adeo manent inter viventes semel inita iura nuptiarum, ut potius sint inter se coniuges, qui ab alterutro separati sunt, quam cum his, quibus aliis adhaeserunt[4]). Cum aliis quippe adulteri non essent, nisi ad alterutrum coniuges permanerent. *Denique mortuo viro, cum quo verum connubium fuit, fieri verum connubium potest, cum quo prius adulterium fuit.*

3) In der Ausgabe der Benedictiner Vol. X.

4) Diese Worte kommen auch im Decrete vor *can.* 28. *Caus. XXXII. Qu.* 7.

Ita manet inter viventes quiddam coniugale [5]), quod nec separatio, nec cum altero copulatio possit auferre; manet autem ad noxam criminis, non ad vinculum foederis, sicut apostata anima velut de coniugio Christi recedens, etiam fide perdita Sacramentum fidei non amittit, quod lavacro regenerationis accepit. Aus diesem Zusammenhange der Worte ergiebt sich, daß Augustin hier gar nicht von dem Falle spricht, da der Ehebrecher die Ehebrecherin heyrathet; denn zwischen diesen kann auch nach dem Tode des unschuldigen Ehegatten keine rechtmäßige Ehe bestehen, wie oben aus den römischen Gesetzen erwiesen worden ist, von denen Augustin keinesweges abweichen wollte. Es ist vielmehr von dem Falle die Rede, da eine Ehe beym Leben der Ehegatten durch ein Divortium ist aufgehoben worden, welches zwar die weltlichen Gesetze für gültig erklären, aber das Gesetz Christi mißbilliget. Jene erlauben auch dem geschiedenen Ehegatten die zweyte Ehe; allein nach dem Gesetz des Evangeliums bleiben sie, der Scheidung ungeachtet, noch immer Ehegatten; sie begehen also einen Ehebruch, wenn sie zur andern Ehe schreiten. Anders verhält sich's, wenn der Mann todt ist, mit welchem die geschiedene Frau in rechtmäßiger Ehe lebte. Hier kann sich die Frau wieder verheyrathen, und die Ehe, die früher (prius) d. h. beym Leben des Mannes ein Ehebruch war, ist jetzt eine rechtmäßige Ehe. So hat auch Berardi [6]) die Stelle des Augustinus

5) In dem angeführten *can.* 28. heißt es: quoddam vinculum coniugale.

6) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti etc. P. III. Cap. XIX. pag. 310. und Berardus Com-

ganz richtig erklärt, und anders versteht sie auch Gratian nicht, wenn er bey diesem Canon bemerkt, Augustin rede von einer, uxore repudiata, quam dum *vivente viro suo* quicunque ducit in coniugium, committit adulterium.,

Gleiche Bewandniß hat es mit dem Concilium Meldense, welches zur Zeit Carls des Kahlen zu Meaux im Jahre 845. gehalten worden ist. Dieses soll cap. 69. erlaubt haben, daß, nach beendigter öffentlicher Buße, wenn Jugend und Unenthaltsamkeit es foderte, Ehebrecher und Ehebrecherin sich heyrathen dürften, falls sie nur nicht den unschuldigen Ehegatten ermordet hätten, oder zu nahe Verwandtschaft, oder irgend eine actio criminalis im Wege stünde. Gratian hat diesen Canon unrichtig dem Concilium zu Tribur vom J. 895. zugeeignet [7]). Es ist *can.* 5. *Caus.* XXXI. *Qu.* 1. deßen Worte bey Gratian folgendermaßen lauten:

Si quis, vivente marito, coniugem illius adulterasse accusatur, et eo in proximo defuncto, eandem sumsisse dignoscitur, omnimodis publicae poenitentiae subiiciatur. De quo etiam post

mentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. V. §. Naturalibus. pag. 122. sq.

7) Burchard und Ivo, denen sonst Gratian zu folgen pflegt, citiren zwar beyde diesen Canon richtig ex Concilio Meldensi, wie auch die römischen Correctoren bemerkt haben. Allein in Ivo's Decrete P. VIII. Cap. 201. sind auf dem Rande die Worte beygefügt: *Ex Concilio Triburiensi* Cap. 51. Gratian hielt dieses für eine verbesserte Leseart, was nur als Parallelstelle angemerkt war; und täuschte sich.

poenitentiam praefata, si expedierit, servabitur regula: *nisi forte vir*, (oder wie es in dem Concilium richtiger heißt, idem) *aut mulier virum, qui mortuus fuerit, occidisse notentur*, aut propinquitas, vel alia quaelibet actio criminalis impediat. *Quod si probatum fuerit, sine ulla spe coniugii maneant perpetuo cum poenitentia.*

Soviel der Worte bey Gratian. Weggelassen, und nothwendig zu ergänzen sind folgende:

Si autem negaverit, se eandem foeminam, vivente marito, nequaquam adulterasse, et praefati homicidii nemo eorum reus extiterit, et probatis testibus neuter eorum convinci potuerit, purgent legaliter famam suae opinionis, et sumto utantur coniugio, si alia, ut diximus, non praepedit ratio [8]).

Die oben durch die verschiedene Schrift ausgezeichneten Worte: *nisi forte vir — occidisse notentur*, sind es, welche die Meinung veranlaßt haben, als ob das Concilium zu Meaux die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin nur in dem Falle verboten habe, wenn sie den unschuldigen Ehegatten ermordet hätten. Allein daß es den Vätern dieses Conciliums nicht eingefallen ist, die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin in irgend einem Falle zu erlauben, wird sofort einleuchten, wenn dieser Canon im Zusammenhange mit den vorhergehenden betrachtet wird, welches hier um so nothwendiger

8) Sirmond Concil. Galliae Tom. III. pag. 19. sq. Harduin Concil. Tom. IV. pag. 1478. Mansi Concil. Tom. XIV. pag. 835.

ist, da sich ja der Canon auf eine praefata regula bezieht, welche hier angewendet werden soll. In dem Cap. 65. dieses Conciliums ist von dem Ehehinderniß der Entführung die Rede. Es wird darin die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten schlechterdings verboten. Beyde sollen von einander getrennt, und der öffentlichen Buße unterworfen, die Entführte aber ihren Eltern zurückgegeben werden. Nach gethaner öffentlichen Buße, wenn Jugend und Unenthaltsamkeit es forderte, sollen beyde nach ihrem Belieben heyrathen dürfen, aber, wie sich aus dem Vorhergehenden von selbst ergiebt, nicht einander, sondern sie könnnen mit dritten Personen sich verheyrathen. Gratian führt diesen Canon selbst an, *can.* 10. *Caus. XXXVI. Qu.* 2. und bemerkt dabey ausdrücklich, daß daraus auf keine Weise bewiesen werden könne, als ob der Entführer die Entführte heyrathen dürfe. Er führt dabey noch einen sehr einleuchtenden Grund an. In demselben can. 65. wird nämlich noch die Frage entschieden, wenn einer von den Verheyratheten stirbt, und der überlebende gerade derjenige ist, der öffentlich Buße gethan hat, ob demselben eine anderweite Verheyrathung zu gestatten sey? Wie konnte eine solche Frage entstehen, wenn der verstorbene Ehegatte der Mitverbrecher gewesen wäre? Dieß ist nun die praefata regula, welche auch bey den Ehebrechern, si expedierit, beobachtet werden soll. Dieser Regel gemäß, soll also auch dem Ehebrecher, so wie der Ehebrecherin, nach vollbrachter öffentlichen Buße, erlaubt seyn zu heyrathen, aber nicht einander, sondern mit andern Personen soll ihnen die Ehe gestattet seyn; und nun wird die Ausnahme hinzugefügt: *nisi forte idem, aut mulier virum, qui mortuus fuerat, occidisse notentur.* In diesem Fall sollen sie ohne alle Hoffnung,

jemals heyrathen zu dürfen, zur ewigen Buße verdammt seyn [9]). Erwiesen wäre also, daß die Väter des Conciliums zu Meaux eben so wenig, als der ehrwürdige Vater Augustin, die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin in irgend einem Falle, weder beym Leben, noch nach dem Tode des unschuldigen Ehegatten, gebilliget haben. Eben so unbedingt wird sie von dem zu Tribur im J. 895. unter dem König Arnulph gehaltenen National-Concilium der Deutschen verboten. Es kommen hier besonders zwey Canonen dieses Conciliums in Betrachtung, can. 46. und can. 51. Der erste lautet folgendermaßen:

Audivimus rem execrabilem, et Catholicis omnibus detestandam, quendam nefario fornicationis opere alicuius uxorem, vivente eo, commaculasse, et in argumentum iniquitatis iuramento confirmasse, si eius legitimum supervixissent ambo maritum, ut ille fornicator illam adulteram adul-

9) Man vergleiche hier vorzüglich BERARDUS ad Gratiani canones. P. I. Cap. LIX. ad can. 5. C. XXXI. Qu. 1. pag. 428—430. Zwar wendet man gegen diese Erklärung ein, es stehe ihr der Umstand entgegen, daß nahe Verwandschaft, also mit dem Ehebruche verbundene Blutschande, mit völliger Ehelosigkeit zu bestrafen, gegen alle Analogie seyn würde. Allein wie wenig dieser Umstand unserer Erklärung entgegen sey, beweist can. 67. wo von denen, welche Nonnen entführen, ebenfalls gesagt wird: *Uterque autem sine ulla spe uxoriae copulationis perenniter maneant.* Für ein ewig dauerndes Ehehinderniß wird ja sogar quaelibet actio criminalis gegen den Ehebrecher erklärt. Wie gewöhnlich die Strafe des Cölibats im canon. Rechte sey, beweist auch *can.* 2. *C. XXX. Qu.* 1.

terio pollutam sibi associaret thoro, et legitimo matrimonio, si hoc iure dici matrimonium potest, per quod oriuntur, quae Apostolus enumerat, mala, quae sunt fornicatio, immunditia, luxuria, etc. ad ultimum vero veneficia, et homicidia. — Tale igitur connubium anathematizamus, et Christianis omnibus obseramus. *Non licet ergo, nec christianae religioni oportet, ut ullus ea utatur in matrimonio, cum qua prius pollutus est adulterio* [10]).

Im Auszuge hat Gratian diesen Canon in seinem Decret *can* 4. *C. XXXI. Qu.* 1. Hier wird nun zwar der besondere Fall eines bey Lebzeiten des unschuldigen Ehegatten erfolgten Eheversprechens zwischen den Ehebrechern entschieden, aber doch das Eheverbot auf diesen Fall keineswegs beschränkt; es wird vielmehr die allgemeine Verordnung hinzugefügt, daß es Niemand erlaubt sey, diejenige Person zu heyrathen, mit welcher er vorher Ehebruch verübt hat [11]).

Der *Can.* 51. *Concilii Triburiensis*, woraus bey Gratian der *can.* 1. *Caus. XXXI. Qu.* 1. excerpirt ist, welcher aber unrichtig dem P. Leo dem Großen ist zugeeignet worden, bestätigt das Nämliche mit ausdrücklicher Beziehung auf die bestehenden Canones. Er lautet also:

Illud vero *communi decreto secundum Canonum instituta* definimus et praeiudicamus, ut si quis

10) Harduin Concil. Tom. VI. P. I. pag. 452. Mansi Concil. Tom. XVIII. pag. 152.

11) S. van Espen Commentar. brev. in secund. Partem Gratiani ad Caus. XXXI. (*Oper. a* Gibert *editor.* Tom. VIII. pag. 101.)

cum uxore alterius, vivente eo, fornicatus fuerit, moriente marito, synodali iudicio aditus ei claudatur illicitus, nec ulterius ei coniungatur matrimonio, quam prius polluit adulterio. *Nolumus enim, nec Christianae religioni oportet, ut ullus ducat in coniugium, quam prius polluit per adulterium* [12]).

Nur die letzten Worte hat Gratian in sein Decret aufgenommen, und diese vielleicht darum dem Pabst Leo zugeeignet, weil desselben in den vorhergehenden Canonen dieses Conciliums mehrmals, als can. 12. 29. und 38. Erwähnung geschieht [13]). Es beweist aber auch dieser Canon des Concilii Triburiensis die uneingeschränkte Allgemeinheit des Eheverbots wegen verübten Ehebruchs. Diese Allgemeinheit bestätiget ferner das erste zu Altheim unter dem K. Conrad im Jahr 916. gehaltene Concilium [14]), welches mit denselben Worten wiederholt, was der can. 51. des Conciliums zu Tribur bereits bestimmt hatte, wie aus *can.* 3. *Caus.* XXXI. *Qu.* 1. erhellet. Noch im elften Jahrhundert giebt die Kirchenversammlung zu Rouen vom J. 1072. can. 16. [15]) und die zu Nimes vom J. 1069. can. 10. [16]) den vollgültigsten Beweis

12) Mansi Tom. XVIII. pag. 155.

13) S. Berardus ad Gratiani canones. P. II. Tom. I. Cap. XLII. pag. 300. in fin. et sq.

14) Man lese von diesem Concilio Altheimensi die Note Böhmers ad Can. 3. Caus. XXXI. Qu. 1. pag. 953. seiner Ausgabe des corp. iur. can.

15) Harduin Concil. Tom. VI. P. I. pag. 1188. Mansi Collect. Concilior. Tom. XX. pag. 39.

16) Harduin. Tom. VI. P. II. pag. 1743. Mansi Tom. XX. pag. 936.

von dem allgemeinen und uneingeschränkten Verbote der Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin. Zwar wird in dem angeführten *can.* 6. *Consilii Rothomagensis:* Ne quis uxorem ducat, quacum adulterii perpetrati, priore uxore superstite, infamia flagravit, der Grund beygefügt: *nam plurimi hac de causa suas* (sc. uxores) *interfecerunt.* Daß aber auf diesen Fall, der blos die Veranlassung gab, ein schon von mehreren Kirchenversammlungen sanctionirtes allgemeines Eheverbot zu erneuern, das Eheverbot selbst nicht habe eingeschränkt werden sollen, lehrt die allgemeine Fassung der Worte desselben.

So stand also bis auf Gratian das canonische Recht mit dem römischen Rechte im Betreff des Ehebruchs, als eines schlechterdings vernichtenden Ehehindernisses zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin, in dem vollkommensten Einklange. Erst durch die neuern Verordnungen der Päbste ward dieses Eheverbot eingeschränkt, wozu Gratians irrige Erklärung der angeführten Canonen, und das große Ansehen seines Decrets die Veranlassung gab. Gratian hatte nämlich die oben angeführten Schlüsse der Concilien zu Meaux, Tribur und Altheim so verstanden, als ob darin die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin nur in zwey Fällen wäre untersagt worden, nämlich wenn sie auf das Leben des unschuldigen Ehegatten Anschläge gemacht, oder schon bey Lebzeiten desselben einander die Ehe versprochen hätten, wie aus der dem *Can.* 3. *C. XXXI. Qu.* 1. beygefügten Note Gratian's ersichtlich ist, wo er sagt: *Hic subaudiendum est, nisi prius peracta poenitentia, et si nihil in mortem viri machinatus fuerit: vel si vivente viro fidem adulterae non dedit, se sumptu-*

rum eam sibi in coniugem, si viro eius superviveret.

Daß schon vor ihm der Bischof Ivo von Chartres durch sein Decret diese Einschränkung befördert habe, ist unerweislich. In dem 9. Theile, welcher von der Ehe handelt, ist freylich cap. 199. der daselbst angeführte can. 9. *Concilii Eliberitani* durch eine falsche Leseart entstellt. Es heißt nämlich daselbst: Item foemina fidelis, quae adulterum maritum reliquerit fidelem, et *adulterum* ducit, prohibeatur, ne ducat. Si autem duxerit, non prius accipiat communionem, quam is, quem reliquit, de saeculo exierit, nisi forte necessitas infirmitatis dare compulerit. Nicht die Ehefrau ist es, sondern der Ehemann, welcher hier als der ehebrecherische Theil genannt wird, den die Frau deswegen verlassen hatte. Dieselbe soll nun den Ehebrecher, oder einen Ehebrecher geheyrathet haben! Welcher Unsinn! In dem 9. Canon des Conciliums zu Elvira heißt es auch gar nicht, et *adulterum* ducit; sondern et *alterum* ducit. So liest auch Gratian, der doch gewöhnlich dem Ivo und Burchard folgte, aber diesen Canon an einem ganz andern Orte, nämlich *Causa XXXII. Qu.* 7. *can.* 8. anführt, wo er die Frage abhandelt, ob es dem Ehegatten, der sich von dem andern Ehegatten der Hurerey wegen getrennt hat, bey dessen Leben zur andern Ehe zu schreiten erlaubt sey? Offenbar kann dieses nur von dem unschuldigen Ehegatten zu verstehen seyn; und dieser ist in unserm Canon die Ehefrau. Hielt man nun gleich in einem solchen Falle die Ehescheidung selbst nach dem Gesetz des Evangeliums für erlaubt, so waren doch die Väter der orientalischen und occidentalischen

Kirche in Ansehung der Wiederverheyrathung verschiedener Meinung, indem jene dem geschiedenen Ehegatten, nämlich dem unschuldigen, sogleich zur andern Ehe zu schreiten erlaubten, letztere aber erst nach dem Tode des schuldigen Theils, und nahmen nur den Fall aus, wenn Unenthaltsamkeit des geschiedenen Ehegatten, eine Erlaubniß zur Wiederverheyrathung bey Lebzeiten des andern Ehegatten nothwendig mache [17]). Wie kann also hier als Regel sanctionirt seyn, daß der Ehebrecher die Ehebrecherin heyrathen könne? oder wie konnte Ivo durch Verfälschung des Canons diesen Satz aufstellen, da er nicht nur gleich nachher Cap. 200. einen Canon aus einem Afrikanischen Concilium des Inhalts anführt, daß die geschiedenen Ehegatten nach der Lehre Christi und seiner Apostel nicht wieder heyrathen, sondern entweder ledig bleiben, oder sich wieder aussöhnen sollten; sondern auch nachher alle die oben angeführten Conciliensschlüsse, und noch mehrere andere der Reihe nach auf einander folgen läßt, welche die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin schlechterdings verbieten? Was wir aber bey Ivo finden, finden wir auch wörtlich bey Regino [18]) und Burchard [19]), so daß also auch Ivo deshalb eben so wenig eine Auszeichnung verdient, als den übrigen Sammlern vor Gratian zum Vorwurf gemacht werden kann, sie hätten sich wenig auf dieses Ehehinderniß eingelassen.

17) S. Berardus ad Gratiani canones. P. I. Cap. II. ad can. 8. Caus. XXXII. Qu. 7. pag. 26.

18) *De ecclesiast. disciplinis.* Lib. II. cap. 103.

19) *Decretum.* Lib. IX. Cap. 63 — 74.

Es war also vor Gratian gewiß kein Anderer, der so, wie er, durch Mißverstand, das Eheverbot zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin eingeschränkt hätte. Er war es daher, welcher durch seinen Irrthum zu der unseligen Lehre die Veranlassung gab, die wir in den Decretalen der Päbste finden. Darin sind auch die berühmtesten Canonisten [20]) einverstanden. Zwar beruft sich der Pabst Alexander III. in dem *cap.* 1. X. *de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium* ausdrücklich noch auf die Canonen, welche die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin verbieten, und führt den Fall eines bey Lebzeiten des unschuldigen Ehegatten erfolgten Eheversprechens, oder gemachter Anschläge auf desselben Leben nur als Verstärkungsgründe jenes Eheverbots an [21]). Allein da dieses

20) Cujacius Commentar. in Tit. VII. Lib. IV. Decretal. ad cap. 1. de eo, qui duxit in matrim. quam polluit per adult. adj. Tom. III. *Oper. postumor* pag. 348. *van* Espen iur. eccl. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. VIII. §. 5. Desselben brevis Commentar. in II. Partem Gratiani ad Caus. XXXI. Oper. Tom. VIII. pag. 101. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. VII. §. 2. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 5. pag. 122. et in Gratiani canones. P. I. Cap. LIX. ad can. 5. C. XXXI. Qu. 1. pag. 429. Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 492. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 163.

21) *Cap.* 1. *cit.* Alexander *III.* Propositum est nobis, quod vir quidam uxorem habens, sibi aliam, huiusmodi rei insciam, copulavit, sed, prima mortua, nititur discedere a secunda, asserens, quod, uxore sua vivente, eam non licuerit sibi copulare. *Licet autem*

Verbots hier nur als Zweifelsgrund bey Entscheidung eines Falles gedacht wird, wo der Ehemann bey Lebzeiten seiner Frau eine andere geheyrathet hatte, und das Eheverbot darum nicht angewendet werden konnte, weil die Frau von der früheren Verheyrathung ihres Mannes nicht unterrichtet gewesen; so hat sich nachher der Pabst in einer andern Verordnung vom J. 1180. darüber näher erklärt, als ihm die Frage, ob eine Ehe den Rechten nach zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin bestehen könne? zur Entscheidung besonders war vorgelegt worden. Es ist *cap.* 3. *X. eodem.*

Super hoc vero, quod de latore praesentium tuis litteris quaesivisti, an liceat alicui cum ea contrahere matrimonium, quam, uxore sua vivente, sibi de facto matrimonio copulavit, tuae sollicitudini taliter respondemus, *quod, si adultera est in mortem uxoris aliquid machinata, sive iste fidem dedit, sive non, quod, ea defuncta, hanc esset ducturus, secundum canones ab eius consortio prohibetur, et haec prohibitio perpetuo est servanda.*

Doch auch hier mußte man erst noch durch einen Schluß auf das Gegentheil, der, wie bekannt, oft

in canonibus habeatur, ut nullus copulet matrimonio, quam prius polluerat adulterio, et illam maxime, cui fidem dederat, uxore sua vivente, vel quae machinata est in mortem uxoris; quia tamen praefata mulier erat *inscia*, quod ille aliam haberet uxorem viventem; nec dignum est, ut praedictus vir, qui scienter contra canones venerat, lucrum de suo dolo reportet: consultationi tuae taliter respondemus, *quod, nisi mulier divortium petat, ad petitionem viri non sunt aliquatenus separandi.*

sehr unsicher ist, zu der Entscheidung gelangen, daß der Ehebruch allein, ohne Nachstellungen nach dem Leben, oder ohne, während der ersten Ehe, erfolgten Eheversprechen, **kein Ehehinderniß** enthalte. Kein Wunder, wenn wegen der Zuläßigkeit der Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin noch immer Zweifel entstanden, welche Anfragen veranlaßten. Erst der Pabst **Innocenz** III. war es daher, welcher die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin geradezu für rechtmäßig erklärte, wenn anders weder Nachstellungen nach dem Leben des unschuldigen Ehegatten geschehen sind, noch beym Leben desselben ein Eheversprechen zwischen denselben erfolgt ist. Sein Schreiben an den Bischof zu **Spoleto** [22]) vom J. 1198. ist das *cap.* 6. X. *eodem* folgenden Inhalts.

Significasti nobis, quod cum P. civis Spoletanus, quandam M. mulierem duxisset legitime in uxorem, ea relicta, cuidam meretrici adhaesit. [Et cum ab eius contubernio ad torum non posset legitimum revocari: vos in eum excommunicationis sententiam protulistis.] Verum cum medio tempore uxor ipsius fuisset viam universae carnis ingressa: meretricem, cui adhaeserat, desponsavit [23]). Nos igitur inquisitioni

22) Eigentlich **an das Capitel zu Spoleto**. *Capitulo Spoletano* ist die Ueberschrift in den von *Steph.* Baluzius herausgegebenen Epistolis *Innocentii III.* (*Paris.* 1682. f.) Tom. I. Lib. I. Epist. 102. pag. 56. Daher heißt auch der Anfang: *Significastis nobis, per literas vestras.*

23) In dem Schreiben des Pabstes bey **Baluz** folgen die Worte: *Propter quod a nobis requiritis, quid sit vobis in hoc articulo faciendum.*

tuae [24]) secundum formam canonicam taliter respondemus, *quod, nisi alter eorum in mortem uxoris defunctae fuerit machinatus; vel, ea vivente, fidem sibi dederint de matrimonio contrahendo, legitimum iudices* [25]) *matrimonium supradictum*, excommunicato munus absolutionis, *si petierit*, iuxta formam ecclésiae impensurus.

Hat Jemand sich bey Lebzeiten seiner Ehefrau mit einer Andern versprochen, ohne jedoch sich mit ihr fleischlich vergangen zu haben, so wird dadurch die Ehe mit derselben nach dem Tode der Frau nicht gehindert [26]).

Cap. 8. X. *de eo, qui duxit etc.* Gregorius IX. fratri R. ann. 1236. Si quis, uxore vivente, fide data promisit, aliam se ducturum, vel cum ipsa de facto contraxit, *si nec ante, nec post, legitima eius superstite, cognovit eandem*; quamvis utrique ipsorum pro eo, quod in hoc graviter deliquerint, sit poenitentia iniungenda: *non est tamen matrimonium, quod cum ea contraxit, post uxoris obitum dirimendum.* Caeterum tolerari non debet, si prius vel postea, dum vixerit uxor ipsius, illam adulterio polluisset.

Hätte aber eine Ehefrau mit einem Andern auf das Leben ihres Mannes Anschläge gemacht, um jenen heyrathen zu können, ohne jedoch mit ihm Ehebruch begangen zu haben, so kann zwar der Mann das verrätherische

24) Inquisitioni *vestrae.*

25) *Matrimonium illud legitimum iudicetis.*

26) Boehmer iur. ecclesiast. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. VII. §. 6.

Weib verstoßen, und wenn er will, eine Andere heyrathen; allein der Verrätherin, zur ewigen Buße verdammt, ist die Ehe weder mit dem Mitverbrecher noch mit einem Andern erlaubt [27]).

Can. 6. *Caus.* XXXI. *Qu.* 1. (Ex Concilio *apud Vermerias* anni 752.) [28]). Si qua mulier in mortem mariti sui cum aliis consiliata sit, et ipse vir aliquem illorum se defendendo occiderit, si probare potest ille vir, eam ream esse consilii, potest, ut nobis videtur, ipsam uxorem dimittere, et, si voluerit, aliam ducere [29]). *Ipsa autem insidiatrix poenitentiae subiecta, absque spe coniugii maneat.*

Eben dieses bestätigt der P. Cölestin III. durch eine Verordnung vom J. 1195. mit Beziehung auf das Concilium Triburiense, obwohl dieses eigentlich nur von der Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin redet. Es ist das *Cap.* 1. X. *de conversione infidelium*, wodurch die Ehe auch dann für ungültig und unzuläßig erklärt wird, wenn auch der Mitverbrecher durch diese Ehe

27) *Jo.* Dartis Commentar. in Decreti P. II. Caus. XXXI. Qu. 1. (*Oper. canonicor.* P. I. pag. 320.) Nr. 5. *Lud.* Engel Colleg. univ. iuris canon. Lib. IV. Tit. VII. Qu. 2. nr. 3.

28) Es ist *Can.* 5. der Kirchen- und Reichsversammlung, welche der König Pipin zu Verberie, einem Schloße ohnweit Soissons, hielt. Man findet diese Canonen in Georgisch Corp. iuris German. antiqui. pag. 506.

29) Ob bey Lebzeiten, oder erst nach dem Tode der Frau? wird hier nicht entschieden. Wahrscheinlich das Letztere. S. Berardus ad Gratiani canones. P. I. Cap. XLII. pag. 335.

zur Annehmung der christlichen Religion wäre bewogen worden; *cum tale damnum*, (nämlich der verübte Meuchelmord) *tali lucro ecclesia compensare non velit.*

Leider haben die Protestanten das auf einem sanctionirten Irrthume Gratians beruhende neuere päbstliche Recht angenommen[30]), wornach die evangelischen Consistorien noch immer sprechen, ohne zu beherzigen, daß dadurch zu unzähligen Ehebrüchen, und zu den gefährlichsten Anschlägen Anlaß gegeben wird, wie auch schon Böhmer[31]) erinnert hat. Denn was nährt wohl die ehebrecherische Neigung mehr, als die Hoffnung einer künftigen Ehe, zum größten Nachtheil der häuslichen Eintracht, und des Familien-Wohls? und hiermit ist denn auch schon die Bahn zu Nachstellungen gebrochen, um den, der Erfüllung der lang genährten Erwartung entgegen stehenden, Gatten aus dem Wege zu räumen. Zum Muster mögen dagegen die Preußische[32]) und Oesterreichische Gesetzgebung[33]) dienen,

30) Carpzov Jurisprud. Consistorial. Lib. II. Def. 16. Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. III. Obs. 48. Deyling Institution. prudent. pastoral. P. III. Cap. 7. §. 11.

31) Iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 7. §. 3. sqq.

32) Allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 1. Tit. 1. Absch. §. 25—29. S. auch Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 1. B. Nr. XXVII. S. 101—115.

33) Allgem. bürgerl. Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. 1. Th. 2. Hauptst. §. 67. Man sehe auch Franz von Zeiller Commentar über das Oesterreichische Gesetzbuch 1. Band (Wien u. Triest 1811. 8.) S. 216. u. f.

welche, um jene fürchterlichen Uebel in ihrem ersten Keim zu ersticken, die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin unbedingt verbieten, und für ungültig erklären, es mag zu dem Ehebruche ein vorläufiges Versprechen unter den Ehebrechern, einander künftig zu heyrathen, oder es mögen Anschläge auf das Leben des unschuldigen Ehegatten von beyden ehebrecherischen Personen, oder auch nur von einer derselben hinzugekommen seyn, oder nicht.

§. 1216. c.

Entführung als vernichtendes Ehehinderniß nach dem römischen und canonischen Rechte.

Zu den für gemeines Wohl schädlichen, und aus diesem Grunde verbotenen Ehen gehört ferner

II. die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten. Sowohl das römische, als das canonische Recht erkennen dieses Ehehinderniß als ein vernichtendes an, sie weichen aber auch hier sowohl im Begriff, den sie mit der Entführung (raptus) verbinden, als in der Bestimmung des Umfangs des Eheverbots selbst, eben so, wie bey dem Ehehinderniß des Ehebruchs, dergestalt von einander ab, daß es auch hier nöthig zu seyn scheint, die Begriffe des Verbrechens vorauszuschicken [34]).

34) Ueber den Begriff der Entführung vergleiche man vorzüglich die trefliche Erörterung in Carl Aug. Tittmann's Beiträgen zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit, insbesondere von dem Menschenraube, und der Entführung. (Meissen 1806. 8.) Nr. III. S. 53. ff. Ausserdem *Henr.* Blümner Diss. de raptu. *Lipsiae* 1788. 8.

1) Nach dem römischen Begriff kann das Verbrechen der Entführung nur von Mannspersonen an erwachsenen Personen weiblichen Geschlechts von unbescholtenem Rufe begangen werden, und zwar nicht nur an ehrbaren Jungfrauen und Eheweibern, welche unter väterlicher und ehelicher Gewalt stehen, sondern auch an Wittwen und Klosterfrauen. Das Wesen des Verbrechens besteht aber eigentlich in einer Wegführung der Person, welche in der Absicht geschieht, die Entführte entweder zur Befriedigung der Wollust zu brauchen, oder die Ehe mit ihr zu erzwingen. Daher soll selbst der Entführer seiner Braut, gleich andern, als dieses Verbrechens schuldig, so wie der Entführer einer Ehefrau zugleich als Ehebrecher angesehen werden, ohne übrigens darauf weiter Rücksicht zu nehmen, ob jene Absicht erreicht worden ist, oder nicht, ob die Wegführung mit List, oder mit Gewalt, mit Einwilligung oder wider den Willen der Entführten geschehen ist; ob die Entführte nachher freywillig den Entführer zur Ehe verlangt hat, oder nicht. Denn es soll zwischen dem Entführer und der Entführten durchaus keine Ehe Statt finden, sondern es soll der Entführer ohne Unterschied am Leben gestraft werden. Dieß alles bestätiget die Verordnung des Kaisers Justinian, die *L. un. Cod. de raptu virginum* vom J. 528.

Raptores *virginum honestarum*, vel *ingenuarum*, sive iam *desponsatae* fuerint, sive non, vel *quarumlibet viduarum foeminarum*, licet libertinae, vel servae alienae sint, pessima criminum peccantes, *capitis supplicio* plectendos decernimus [35]): et ma-

35) Schon durch eine frühere Verordnung des Kaisers Constantin des Großen, *L. 1. Cod. Theod. de raptu virginum vel viduarum* (Lib. IX. Tit. 24.) war auf das

xime, *si Deo fuerint virgines*, vel *viduae dedicatae:* quod non solum ad iniuriam hominum, sed etiam ad ipsius Omnipotentis Dei irreverentiam committitur, *maxime cum virginitas, vel castitas corrupta restitui non possit.* — Ne igitur sine vindicta talis crescat insania, sancimus per hanc generalem Constitutionem, ut hi, qui huiusmodi crimen commiserint, et qui eis auxilium invasionis tempore praebuerint, ubi inventi fuerint in ipsa rapina, et adhuc flagranti crimine comprehensi, et a *parentibus virginum*, vel *ingenuarum*, vel *viduarum*. vel quarumlibet *foeminarum*, aut earum *consanguineis*, aut a *tutoribus* vel *curatoribus*, vel *patronis*, vel *dominis* convicti interficiantur. Quae multo magis contra eos obtinere sancimus, *qui nuptas mulieres*

Verbrechen der Entführung eine schwere Todes Strafe gesetzt, wahrscheinlich die Strafe des Feuers. Sein Sohn, K. Constantius behielt sie *L.* 2. *C. Th. eodem* blos bey Sklaven bey, bey Andern milderte er sie durch die Strafe des Schwerdts. S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad has LL. Cod. Th. Tom. III. p. 212. sqq. edit. *Ritter.* Marcian *L.* 5. §. 2. *D. ad Leg. Jul. de vi publica* gedenkt zwar auch schon der Todesstrafe, mit Beyfügung des Grundes: *cum raptus crimen Legis Juliae de adulteriis potestatem excedat.* Allein zweifelhaft ist es, ob diese Stelle nicht von Tribonian interpolirt sey. *Jo. Franc.* Ramos in Triboniano sive Errorib. Triboniani de poena parricidii. (*Lugd. Batavor.* 1752. 4.) pag. 167. sqq. suchte dieses aus mehreren Gründen zu beweisen. Allein *Herm.* Cannegieter Observation. iuris Rom. (*Lugd. Bat.* 1772. 4.) Lib. III. Cap. 16. pag. 318. sq. hat aus überwiegenden Gründen die Aechtheit des Fragments gerechtfertiget.

ausi sunt rapere, quia duplici tenentur crimine, tam *adulterii*, quam *rapinae*, et oportet acerbius adulterii crimen ex hac adiectione puniri. Quibus connumeramus etiam eum, *qui saltem sponsam suam*[36]) *per vim rapere ausus fuerit.* — *Nec sit*

36) Einige wollen hier sponsam *non* suam lesen. S. *Pet.* Burgius Elector. cap. XVI. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 336.) und Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. V. Tit. XVII. §. 139. und in seiner Ausgabe des Corp. iur. canon. T. I. pag. 926. ad can. 49. C. XXVII. Qu. 2. Not. 79. Seinem Vater stimmte auch anfangs *Jo. Sam. Frid. de* Boehmer in Observationib. ad Carpzovii pract. nov. rer. crim. P. I. Quaest. XL. Obs. 4. pag. 94. bey. Allein die allgemeine Uebereinstimmung aller bekannten Handschriften und Ausgaben des Codex, die *Basilica Lib. LX. Tit.* 58. *Const.* 1. und Harmenopulus *Promptuar. iur.* Lib. VI. Tit. 7. §. 1. lassen an der Richtigkeit der affirmativen Leseart nicht zweifeln. Von sponsis alienis war ja auch schon gleich Anfangs die Rede. Es würde also daraus eine höchst unnütze Tautologie entstehen. Widerlegt ist diese Meinung auch schon längst von *Sam. Frid. de* Boehmer in Meditat. in Const. crim. Carolin. ad Art. CXVIII. §. 5. und *Frid. Wilh.* Engelhardt Diss. de raptu sponsae, praes. *Rud. Christoph.* Henne. *Erfordiae* 1776. 4. §. IX. Soviel ist jedoch gewiß, daß die Entführung der eignen Braut nach der Verordnung des Kaisers Constantin *L.* 1. *Cod. Th. de raptu virg.* für kein Verbrechen gehalten ward. Denn die Worte: Si quis, *nihil cum parentibus puellae ante depectus*, invitam eam rapuerit, vel volentem abduxerit, enthalten die Bedingung des Verbrechens. Warum aber Justinian hierin von der Vorschrift seiner Vorfahren abgewichen ist, davon giebt Azo den ganz treffenden Grund an, weil es der Braut, donec

facultas. raptae virgini vel viduae, vel cuilibet mulieri raptorem suum sibi maritum exposcere, sed cui parentes voluerint (excepto raptore) eam legitimo copulent matrimonio: quoniam nullo modo, nulloque tempore datur a nostra Serenitate licentia eis consentire, qui hostili more in nostra republica matrimonia student sibi coniungere. Oportet etenim, ut quicunque uxorem ducere voluerit, sive ingenuam, sive libertinam, secundum nostras leges, et antiquam consuetudinem, parentes, vel alios, quos decet, petat, ut cum eorum voluntate fiat legitimum coniugium. — Poenas autem, quas praediximus; id est *mortis*, et *bonorum amissionis*, non tantum adversus raptores, sed etiam contra eos, qui hos comitati in ipsa invasione et rapina fuerint, constituimus: caeteros autem omnes, qui conscii, et ministri huiusmodi criminis reperti, et convicti fuerint, vel qui eos susceperint, vel quicunque opem eis tulerint, sive masculi sive foeminae sint, cuiuscunqne conditionis, vel gradus, vel dignitatis, poenae tantummodo capitali subiicimus, ut huic poenae omnes subiaceant, *sive volentibus, sive nolentibus virginibus*, sive aliis mulieribus tale facinus fuerit perpetratum. Si enim ipsi raptores metu, vel atrocitate poenae ab huiusmodi facinore se temperaverint, nulli mulieri, *sive volenti, sive nolenti*, peccandi locus relinquetur: quia hoc ipsum velle mulierum ab insidiis nequissimi hominis, qui meditatur rapinam, inducitur. *Nisi etenim eam*

domum deducta fuerit, nach dem römischen Recht noch immer frey steht, das Verlöbniß wieder aufzukündigen. *L. 1. Cod. de sponsalib.*

sollicitaverit, nisi odiosis artibus circumvenerit, non faciet eam velle in tantum dedecus sese prodere: parentibus (quorum maxime vindictae intererat) si patientiam praebuerint, ac dolorem remiserint, deportatione plectendis [37]).

Diese Verordnung bestätigte Justinian nachher nochmals, fast mit wörtlicher Wiederholung derselben, sowohl durch die *L. 54. Cod. de Episcop. et Clericis* vom Jahre 533. als durch die *Nov. CXLIII.* und *Nov. CL.*

2) Das canonische Recht setzt nun dagegen das Wesen der Entführung darin, wenn Jemand eine Jungfrau oder Wittwe, mit welcher er nicht verlobt ist, in der Absicht wegführt, um die Entführte zur Ehe zu nöthigen. Wenn Isidor bey Gratian *can.* 48. *C. XXVII. Qu.* 2. und *can* 1. *C. XXXVI. Qu.* 1. sagt: *Raptus* est illicitus coitus, a corrumpendo dictus: unde et qui rapta potitur, stupro fruitur; so sieht man wohl, daß es diesem ehrwürdigen Bischof von Sevilla mehr darum zu thun war, die Etymologie des Worts, als den Begriff des Verbrechens zu bestimmen. Denn beyde, ganz gleichlautende Stellen, sind aus seinen *libris Etymologiarum*, Lib. V. cap. 26. genommen [38]). Mit Recht bemerkt daher Gratian ad can. 1. et 2. C. XXXVI. Qu. 1. Non omnis illicitus coitus, nec cuiuslibet illicita defloratio *raptus* appellatur. Aliud enim est *fornicatio*, aliud *stuprum*, aliud *adulterium*, aliud *incestus*,

37) Einen trefflichen Commentar über die *L. un. C. de raptu virgin.* findet man in *Ant.* Matthaei Commentar. de criminib. ad Lib. XLVIII. Tit. IV. de vi publica et privata. Cap. 2. pag. 445—461. (*Vesaliae* 1672. 4.)

38) Berardus ad Gratiani canones. P. III. Cap. 27. p. 400.

aliud *raptus*. Nachdem er von jedem dieser genannten Verbrechen einen Begriff gegeben, sagt er §. 5. *Raptus* admittitur, cum puella violenter a domo patris abducitur, *ut corrupta in uxorem habeatur*, sive puellae solummodo, sive parentibus tantum, sive utrisque vis illata constiterit. Das canonische Recht weicht also darin von dem römischen Recht ab, daß nach demselben die Wegführung seiner Verlobten für keine unerlaubte Entführung gehalten wird. Auch werden nur Jungfern und Wittwen, Ehefrauen aber nirgends erwähnt, weil alles darauf berechnet ist, daß die Wegführung eine Ehe bezwecke, welches bey einer Ehefrau nicht Statt finden kann. Ob übrigens die Entführte von unbescholtenem Rufe ist, oder nicht, darauf wird eben so wenig Rücksicht genommen, als es gleichviel ist, ob sie noch unter väterlicher Gewalt ist, oder nicht. Bey Klosterfrauen kommt es auch darauf nicht an, die Entführte mag in die Wegführung eingewilliget haben oder nicht, denn hier wird die Entziehung der Entführten von dem geistlichen Leben vorzüglich als Grund der Strafbarkeit angesehen. Nur bey weltlichen Weibspersonen gehört es zur Form des Verbrechens, daß die Wegführung wider den Willen der Entführten, oder der Eltern geschehe. Alles dieses werden nun folgende Stellen des canonischen Rechts bestätigen.

Can 1. *Caus.* XXXVI. *Qu.* 1. Gelasius Papa *anno* 494. Lex illa praeteritorum principum ibi raptum dixit commissum esse, ubi puella, *de cuius ante nuptiis nihil actum fuerat*, videbitur abducta.

Hier wird es als nothwendige Bedingung der Entführung angesehen, daß die Entführte nicht mit dem Ent-

führer verlobt seyn müße. Uebrigens wird hier nur hauptsächlich die Frage entschieden, wo das Verbrechen der Entführung als vollbracht angesehen werden könne? Es wird sich deswegen auf die *Lex praeteritorum principum* berufen, und die Ausleger wollen darunter die Verordnung des Kaisers Constantin des Großen, nämlich die *L. 1. C. Th. de raptu virgin. vel viduar.* verstehen. Allein dieses Gesetz bestimmt nur die Strafe, nicht den Ort. Eher könnte dahin eine andere Verordnung dieses Kaisers, nämlich *L. 1. Cod. Theod. de accusat. et inscript.* gerechnet werden, wo bestimmt wird, daß der Entführer in der Provinz bestraft werden solle, wo er das Verbrechen begangen hat. Allein auch dieses stimmt noch nicht mit Gratians Canon überein. Denn die specielle Frage, ob der Ort, wo die Entführte weggebracht worden ist, oder der Ort, wo sie hingebracht worden, für den Ort des begangenen Verbrechens zu halten sey? hat der Kaiser in der gedachten Verordnung unentschieden gelassen. Und gerade diese wird in unserm Canon mit Beziehung auf die lex praeteritorum principum entschieden. Vielmehr findet sich in den Gesetzen der Longobarden Lib. I. Tit. 30. nr. 8. et 9. ein Gesetz des Königs Rotharis, welches etwas Aehnliches enthält [39]. Daß dieses Gesetz hier gemeint seyn könne, glaubt Berardi [40]. Nun widerspricht freylich das Zeitalter. Denn P. Gelasius regierte gegen das Ende des fünften, der K. Rotharis aber im siebenten Jahrhundert. Es folgt aber daraus nur so viel,

39) S. Georgisch Corp. iuris germ. antiqui. pag. 953. nr. 209. et 210.

40) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. P. II. Tom. I. Cap. XLVI. pag. 369.

daß dieser Canon dem Pabst Gelasius unrichtig zugeeignet wird, welches in Gratians Dekrete kein ungewöhnlicher Fall ist. Derselbe Canon kommt unter des Gelasius Namen nochmals an einem andern Orte, nämlich *can.* 49. *Caus.* XXVII. *Qu.* 2.[41]) vor.

Can. 2. *Caus.* XXXVI. *Qu.* 2. SYMMACHUS PAPA, *epistola ad Caesarium cap.* 3. ann. 502. Raptores igitur *viduarum* vel *virginum* ob immanitatem tanti facinoris detestamur: illos vehementius persequendo, qui *sacras virgines* vel *volentes*, vel *invitas*, *matrimonio sociare tentaverint.* Quos pro tam nefandissimi criminis atrocitate a communione suspendi praecipimus.

Can. 3. *ibid.* JOVINIANUS *Imp.* (rectius *Jovianus* ann. 364. *Antiochiae*[42]). Si quis non dicam rapere, sed attentare tantummodo, *matrimonii iungendi causa*, sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali poena feriatur.

Can. 4. ibid. *Ex Concilio Cabilonensi*[43]). De

41) BOEHMER Not. 79. in seiner Ausgabe des Corp. iur. canon. Tom. I, pag. 926. glaubt, Gelasius habe sich auf die Verordnung des Kaisers Constantin des Gr. *L.* 1. *Cod. Th. de raptu virg.* deswegen berufen, weil vermöge derselben Niemand an seiner eigenen Braut das Verbrechen der Entführung begehe. Allein dies war nur Bedingung des Verbrechens, nicht die Frage, welche hier entschieden wird.

42) *L.* 5. *Cod. de episcop. et cleric.* Statt Antiochiae richtiger *Ancyrae.* S. *Pet.* RELANDI Fasti Consular. pag. 403. in fin.

43) Vielmehr *ex Capitulari* LUDOVICI PII *in Aquisgranensi*

puellis raptis, nec dum desponsatis, in *Chalcedonensi concilio*[44]) statutum est, eos, qui rapiunt puellas, *sub nomine simul habitandi*, cooperantes et conniventes raptoribus, decrevit sancta Synodus, ut, si quidem clerici sunt, decidant proprio gradu; si vero laici, anathematizentur. Quibus verbis datur intelligi, qualiter huius mali auctores damnandi sunt, quando participes consilii, et conniventes tanto anathemate feriuntur, *ut iuxta canonicam auctoritatem ad coniugia legitima raptas sibi iure vendicare nullatenus possint*[45]).

Can. 5. ibid. Gregorius Papa II. *in Synodo Romana* ann. 721. Si quis virginem vel viduam, *nisi desponsaverit*, rapuerit, vel *furatus fuerit in uxorem*, cum sibi faventibus anathema sit.

Can. 6. ibid. *Ex concilio Parisiensi I.* [46]) *Cap. 6.* Nullus neque viduam neque filiam alterius *extra voluntatem parentum* aut rapere praesumat, aut

palatio edito anno DCCCXVI. can. 23. S. Baluzii Capitularia Regg. Francor. Tom. I. pag. 568. und Georgisch Corp. iuris german. antiqui. pag. 818.

44) Dieser Chalcedonische Canon ist bey Gratian *can.* 1. *C. XXXVI. Qu.* 2.

45) Eben dieses ist von der Kirchenversammlung zu Worms vom J. 868. *can.* 77. und der zu Troslei vom J. 909. *can.* 8. bestätiget worden. S. Berardus ad Grat. canones P. I. cap. 47. pag. 314.

46) Eigentlich ist dieses das dritte Pariser Concilium vom J. 557. S. Sirmond Concil. Galliae. Tom. I. p. 313. Harduin. Concil. Tom. III. pag. 333. und Berardus Grat. canones P. I. Cap. 31. pag. 283.

regis beneficio aestimet potulandam. Quod si fecerit, ab ecclesiae communione remotus, anathematis gladio feriatur.

Can. 3. Caus. XXXVI. Qu. 1. Ex concilio Aurelianensi I. can. 2. ann. 511. De raptoribus autem id constituendum esse censuimus, ut, si ad ecclesiam raptor cum rapta confugerit, et foeminam ipsam violentiam pertulisse constiterit, statim liberetur de potestate raptoris, et raptor mortis, vel poenarum immunitate concessa, aut *ad serviendum subiectus sit*, aut *redimendi se liberam habeat facultatem. Si vero, quae rapitur, patrem habere constiterit, et puella raptori consenserit, potestate patris excusata reddatur, et raptor patri superioris conditionis satisfactione teneatur obnoxius.*

Dieser Canon spricht zwar eigentlich nur von der Strafe der Entführung, von deren Strenge in dem Falle eine Ausnahme nachgelassen wird, wenn der Entführer mit der Entführten in eine Kirche floh. Man sieht aber doch wenigstens daraus soviel, daß die Wegführung einer Tochter, welche noch in väterlicher Gewalt war, wenn sie auch mit ihrer Einwilligung, aber gegen den Willen des Vaters, geschahe, für eine wirkliche Entführung gehalten wird; man erkläre übrigens die letztern Worte entweder mit Gonzalez Tellez [47]) von einem wirklichen Verlust der Freyheit, aus welcher sich jedoch der Entführer bey dem Vater der Entführten mit Gelde habe loskaufen können; oder

47) Commentar. ad cap. 7. X. de raptorib. Man sehe auch Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 17. §. 147.

aber mit Berardi[48]) blos von einer Art unfreyen Zustandes, (serviendi conditio, welcher Ausdruck eigentlich von den Vätern des Concilii Aurelianensis gebraucht worden ist) in welchem nun der Entführer keine legitime Ehe schließen konnte. Das neuere Canonische Recht hat jedoch hierin das ältere Recht auf eine die Rechte der elterlichen Gewalt höchst kränkende Art abgeändert, indem es verordnet, daß nur die Wegführung, welche wider den Willen der Entführten geschieht, für eine wahre Entführung gehalten werden, auf den Widerspruch der Eltern aber nicht weiter gesehen werden solle, wenn die Wegführung aus der Gewalt derselben mit Einwilligung der Entführten geschehen ist, wie aus folgender Verordnung des Pabstes Lucius III. von J. 1181 zu ersehen ist.

Cap. 6. X. *de raptoribus.* Cum causam, quae inter E. militem, latorem praesentium, et uxorem eius vertitur, tuae commisissemus experientiae terminandam: (das Uebrige, was zur Geschichtserzählung gehört, kann in der Böhmerschen Ausgabe des Corp. iuris can. nachgelesen werden) respondemus, quod, cum ibi raptus dicatur admitti, *ubi nil ante de nuptiis agitur*, iste raptor dici non debet, *cum habuerit mulieris assensum*, et prius eam *desponsaverit*, quam cognoverit: *licet parentes forsitan reclamarent, a quibus eam dicitur rapuisse.*

Es fragt sich hiernächst, wie weit die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten nach dem canonischen Rechte verboten sey? Die älteren Kirchen-Canonen stimmen mit dem römischen Rechte darin vollkommen überein,

48) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. P. I. Cap. XXIX. pag. 272. sq.

daß sie diese Ehe schlechterdings verbieten [49]. Es beweist dieß nicht nur der schon oben vorgekommene *can.* 4. *C. XXXVI. Qu.* 2., sondern eben dieses bestätigen vorzüglich noch die nachher folgenden *can.* 10. *et* 11. ibid.

Can, 10. *ex Concilio Meldensi* Cap. 65. (anno 845. in *Gallia*): Si autem necdum eas, quas rapuerant, cum voluntate parentum sub desponsationis, vel dotalitii nomine in coniugium duxerunt, quando in omnium aures haec fuerit constitutio promulgata [50]), ab eorum coniunctione separentur, et publicae poenitentiae subigantur: raptae autem parentibus legaliter restituantur. Peracta vero poenitentia publica, si aetas et incontinentia exegerit, legitimo, et ex utriusque partibus placito coniugio socientur. Nam in his regulam non constituimus, sed, ut verbis magni *Leonis* utamur, quid sit tolerabilius, aestimamus. Quodsi unus ex coniugatis obierit, et is, qui poenitentiam publicam exegerit, superstes exstiterit, iterare coniugium non praesumat, nisi Episcopus aliquam forte praeviderit concedere indulgentiam, ut graviorem possit amovere offensam.

49) S. Boehmer iur. ecclesiast. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. XVII. §. 149. *van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. XI. §. 4. sqq. und Berardus Commentar. in ius eccles. univ. T. III. Diss. IV. Cap. 3. pag. 93.

50) Diese Worte beziehen sich darauf, weil dieses Concilium von dem K. Carl dem Kahlen nicht bestätiget worden ist. S. Berardus ad Gratiani canones. P. I. C. 50. pag. 386.

Mit diesem ist noch der *can.* 67. *Concilii Meldensis* zu verbinden. Qui sanctimoniales virgines vel viduas rapiunt, et progressu etiam criminis in coniugium sumunt, publicae poenitentiae iuxta modum, quem praeviderit Episcopus, subigantur, ipsae vero locis congruis poenitentiae retrudantur, et ad habitum religionis redire cogantur. *Uterque autem sine ulla spe uxoriae copulationis perenniter maneant.*

Can. 11. *eiusd. Caus. XXXVI. Qu.* 2. *Ex concilio apud Aquisgranum circa ann.* 847. *in Germania* [51]. Placuit, ut hi, qui rapiunt foeminas, vel furantur, aut seducunt, *eas nullatenus habeant uxores*, quamvis eis postmodum conveniat, aut eas dotaverint, vel nuptialiter cum consensu parentum suorum acceperint.

Merkwürdig sind noch die hier von Gratian weggelassenen Worte: Si quis autem uxorem habere voluerit, canonice et legaliter eam accipiat, et non rapiat. Qui vero eam rapuerit, vel furatus fuerit, aut seduxerit, *nunquam eam uxorem habeat;* sed propinquis suis eam legalibus reddat, et in triplo plenum bannum dominicum componat, et insuper canonice publicam poenitentiam gerat, ad quod

51) Dieser Canon ist eigentlich aus den *Capitularibus Regum Francorum* genommen, wo er sich Lib. VII. cap. 395. befindet. S. Baluzii Capitularia p. 1111. und Georgisch Corpus iuris German. antiqui p. 1712. Die falsche Angabe bey Gratian hat Burchard veranlaßt, der, wie schon mehrmals bemerkt worden, alles aus den Capitularien andern Auctoren zuzueignen gewohnt war.

omnes una voce clamaverunt, dicentes: *ista omnes firmiter tenere volumus, et in perpetuum ab omnibus confirmari optamus.*

Das Nämliche ward auch nochmals sowohl von dem Concilium zu Pavia (concilio Ticinensi) im J. 850. Can. 10., als von der Kirchenversammlung zu Troslei (concilio Trosleiano) vom J. 909. can. 8. bestätiget.

Gegen solche bestimmte Verordnungen und Concilien-Schlüsse konnte doch nun wohl unmöglich der Ausspruch eines Kirchenvaters in Betrachtung kommen, der noch vor Justinian lebte. Es ist der Ausspruch des Hieronymus, eines Kirchenvaters, welcher noch in dem ersten Viertel des fünften Jahrhunderts (420) starb, den Gratian *can.* 8. *C. XXXVI. Qu.* 2. anführt. Er lautet folgendermassen:

Tria legitima coniugia in scripturis leguntur. *Primum* legitimum coniugium est, virgo casta in virginitate viro data legitime. — *Secundum*, virgo in civitate deprehensa a viro, et illi per vim copulata; si voluerit pater eius, dotabit eam iste vir, quantum iudicaverit pater, et dabit pretium pudicitiae eius. *Tertium*, filia praedicta deprehensa; si non fuerit voluntas patris, trahet eam a praedicto viro, et tradet eam alii, et dotabit eam, et legitima erit ei. Sed primum his duobus praefertur.

Und doch legt Gratian ein solches Gewicht darauf, daß er glaubt, diesem Ausspruche könne weder das Ansehen jener weltlichen noch kirchlichen Gesetze entgegenstehen, weil er sich auf das Zeugniß eines göttlichen Gesetzes gründe. Man sehe nur seine Bemerkung zum *can.* 11. *C. XXXVI.*

Qu. 2. Um aber doch das Ansehen der Canonen nicht ganz herabzusetzen, macht Gratian den sonderbaren Unterschied. So lang das vitium rapinae noch nicht durch öffentliche Buße getilgt ist, besteht das Eheverbot zwischen dem Entführer und der Entführten; nach gethaner Buße aber dürften beyde einander heyrathen, wenn die Eltern in die Ehe willigten. Man sehe Gratian's Bemerkung nach *can.* 7. ibidem.

Allein gesetzt, die Stelle des Hieronymus wäre ächt, welche sich aber doch in seinen zahlreichen Schriften so wenig findet, als Gratian irgend eine Schrift, wo sie steht, anzuführen vermocht hat; denn er schrieb sie aus Regino [52], oder Ivo [53]); so gehört sie auch gar nicht hierher. Denn sie spricht von der Schändung einer Jungfrau, und bezieht sich auf 5. Buch Mose *XXII.* v. 28. und 29. wie schon Böhmer [54]) bemerkt hat. Sie kann also schon darum gegen das Ansehen der angeführten Gesetze und Concilien-Schlüße nichts gelten, weil sie sich auf einen besondern Gebrauch der Israeliten bezieht, nach welchem derjenige, der eine Jungfrau verführte, dieselbe nicht nur heyrathen, sondern auch dem Vater, als ein pretium pudicitiae, fünfzig Silberlinge bezahlen mußte, und dann auch dabey das Recht verlor, das man bey gewöhnlichen Ehen hatte, der Frau einen Scheidebrief zu geben [55]). Berardi [56]) hält daher diese Stelle für die

52) *De eccles. disciplinis Lib. II.*

53) *Decret. P. VIII. Cap.* 40 *et* 41.

54) S. die Not. 44. ad can. 8. C. XXXVI. Qu. 2. in seiner Ausgabe des Corp. iuris canon. Tom. I. p. 1119.

55) S. Michaelis mosaisches Recht. Th. 2. §. 91. S. 100. f.

56) Gratiani canones P. III. Cap. XIII. pag. 177.

Geburt eines unwissenden Verfassers aus dem siebenten oder achten Jahrhundert. Und doch konnte sich Gratian dadurch verleiten lassen, um dieser dem Hieronymus angedichteten Stelle willen, das Ansehen aller damahls geltenden Kirchengesetze mit einer Kühnheit zu verwerfen, die in der That an Raserey angrenzt [57]? So verdarb also auch hier Gratian die Doctrin seines Zeitalters durch seine Ignoranz, und verleitete durch sein Ansehen den Pabst Innocenz III. die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten zu erlauben, wenn der vorige Widerwille der letztern in eine nachherige Einwilligung übergegangen wäre.

Cap. 7. X. de raptorib. INNOCENTIUS *III. Episcopo Saronensi* (vielmehr *Cracoviensi*) ann. 1201. Accedens ad Apostol. Sedem dilectus filius B. frater Hierosolymit. Hospital. a nobis ex parte tua quaesivit, — utrum si rapta puella, et in alienam delata dioecesim, in Ecclesiae facie consenserit in raptorem, matrimonium huiusmodi legitimum sit habendum? Nos igitur inquisitioni tuae taliter respondemus, quod — *rapta puella legitime contrahet cum raptore, si prior dissensio transeat postmodum in consensum, et quod ante displicuerit, tandem incipiat complacere*: dummodo ad contrahendum legitimae sint personae.

Die peinliche Gerichtsordnung Carls *V.* [58] beruft sich auf das römische Recht bey Bestimmung der Strafe der Entführung, und hebt hiermit die Verordnung

57) Man sehe hier vorzüglich BERARDUS ad Gratian. P. I. Cap. XLVI. App. II. pag. 365 — 368.

58) Art. 118.

des canonischen Rechts auf. Denn da die Caroline die Strafe des römischen Rechts bestätiget, und anzunehmen ist, daß dem deutschen Gesetzgeber die Sanction des canonischen Rechts nicht unbekannt gewesen sey; so muß man glauben, er sey implicite von der Disposition desselben abgewichen, weil sich die Todesstrafe des Verbrechens mit der Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten nicht wohl verträgt [59]. Es besteht jedoch die Entführung nach der Bestimmung der peinlichen Gerichtsordnung in einer die Ehrbarkeit beleidigenden Wegführung einer Ehefrau oder Jungfrau von unbescholtenem Rufe, aus der Gewalt, und wider den Willen ihres Mannes oder Vaters. Ob sie mit Einwilligung der Entführten geschieht, oder nicht, ist dem Gesetz gleichviel, so wie denn auch bey einer Jungfrau, die noch unter väterlicher Gewalt ist, darauf nichts ankommt, ob die Wegführung derselben in der Absicht geschieht, sie zur Ehe zu nöthigen, oder zur Unzucht zu brauchen [60]. Selbst wenn die Entführte Braut des Entführers war, bleibt es Beleidigung der väterlichen Gewalt [61], obwohl Böhmer [62] hierin anderer Meynung ist, weil Carl der eignen Braut des Entführers nicht gedenkt, vorausgesetzt, daß das Verlobniß gültig war.

59) S. Böhmer Observation. selectae ad Carpzovium P. I. Qu. XL. Obs. 3. pag. 96. und Blümner Diss. de raptu §. 8.

60) Boehmer c. l. pag. 96. Blümner cit. Diss. §. 5.

61) S. Gr. von Soden Geist der deutschen Criminalgesetze Th 1. §. 175. Blümner cit. Diss. §. 4. Tittmann's Handbuch des peinlichen Rechts 2. Th. §. 242. a. E. Henne Diss. de raptu sponsae. §. 13.

62) Observat. ad *Carpzov*. P. I. pag. 94.

Ohnerachtet nun eigentlich das neuere Gesetz dem ältern derogirt; so hat dennoch die Praxis der mildern Meinung des canonischen Rechts den Vorzug gegeben, und läßt daher nicht nur die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten zu, sondern sieht auch dieselbe als einen Milderungsgrund bey der Bestrafung des Verbrechens an[63]. Ja es pflegt h. z. T. zuweilen die Strafe ganz wegzufallen, wenn schon eine förmliche Verlobung vorhergegangen, und die Wegführung blos die Vollziehung der Ehe zur Absicht hatte, besonders wenn der Widerspruch der Eltern gegen dieselbe nichtig seyn sollte[64].

In Ansehung der Katholiken kommt noch die Verordnung des Tridentinischen Conciliums[65] in Betrachtung. Vermöge derselben soll keine Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten gelten, so lange sich dieselbe in der Gewalt des Entführers befindet. Wenn aber die Entführte nach ihrer Befreyung in die Ehe mit dem Entführer einwilliget, so kann sie der Entführer zur Frau haben. Nichts desto weniger soll der Entführer, so wie jeder Andere, welcher ihm Hülfe geleistet hat, excommunicirt,

63) Carpzov Pract. nova rer. crim. Quaest. LXXV. n. 68. Berger Oecon. iuris. Lib. III. Tit. XI. Th. 9. Not. 3. Böhmer Obs. ad Carpzov. c. l. pag. 96. Blümner cit. Diss. §. 8 et 9. Henne cit. Diss. §. 13.

64) S. Tittmann's Handbuch des peinl. Rechts 2. Th. §. 247. S. 170. f.

65) *Sess. XXIV. Cap.* 6. *de reformat. matrim.* Man verbinde noch die *Declarat. sacrae Congregat.* in der Ausgabe des Card. *de* Luca pag. 383. Auch vergleiche man Pirhing iur. Can. Lib. V. Tit. XVII. §. 4. und Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. III. pag. 94. sq.

auf immer infam, und zu allen Würden unfähig seyn. Außerdem soll auch der Entführer die Entführte noch auf jeden Fall standesmäßig nach richterlichem Ermessen ausstatten. Da jedoch das Tridentinische Concilium, eben so wie das canonische Recht, zur Form der Entführung erfordert, daß die Wegführung wider Willen der Entführten geschehen sey, so behaupten die heutigen Canonisten, daß die gesetzliche Verordnung nicht Statt finde, wenn die Wegführung mit Einwilligung der Weggeführten geschahe. Ja man will es auch dann nicht einmal für eine wirkliche Entführung halten, wenn selbst die Einwilligung der Weggeführten durch List und Ueberredung wäre abgelockt worden, und die Wegführung gegen den Willen der Eltern geschehen wäre [66].

Die Protestanten geht zwar das Tridentinische Concilium nichts an. Sie haben aber auch die Vorschriften des canonischen Rechts nicht unbedingt angenommen, sondern haben aus dem römischen und carolinischen Rechte beybehalten, daß die Wegführung, welche zwar mit Einwilligung der Weggeführten, aber ohne den Willen ihrer Eltern geschehen ist, wenn sie auch der Ehe wegen geschehen seyn sollte, für eine wahre Entführung zu

66) S. *van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. XI. §. 12. (*Oper.* Tom. II. pag. 151.) *Maur.* Schenkl Institut. iuris eccles. P. II. §. 631. Not. *) *Paul. Ios. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 160. Doch sind nicht alle hierin einverstanden. S. *Card. de* Luca Tom. III. de matrimonio. Disc. V. n. 16. *Ios. Valent.* Eybel Introd. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 365. und Böhmer iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 17. §. 149.

halten sey [67]. Die Ehe kann daher in diesem Falle nur dann für zuläßig gehalten werden, wenn die Eltern einwilligen. Denn nach dem protestantischen Kirchenrecht ist die elterliche Einwilligung zur Schließung der Ehe durchaus nothwendig [68]. Ist aber die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten durch priesterliche Einwilligung einmal vollzogen, so pflegt sie auch selbst in den protestantischen Gerichten ohne sehr erhebliche Gründe nicht leicht wieder getrennt zu werden [69]. Wenn hingegen die Entführung wider den Willen der Entführten geschehen ist, so haben die Protestanten dem canonischen Rechte insofern den Vorzug gegeben, daß die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten zugelassen wird, wenn die Entführte ihre freye Einwilligung dazu giebt [70].

67) Böhmer iur. eccl. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 17. §. 150. Henne Diss. cit. de raptu sponsae. §. 16. und Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. B. Medit. 168.

68) Böhmer Tom. III. Lib. IV. Tit. 2. §. 9. sqq. Henne cit. Diss. §. 14. und gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle, von Gmelin und Elsäßer 3. B. Nr. 1. §. 4 et 5.

69) Man sehe hier vorzüglich Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 2. Th. Bemerk. XXXIX. Henne cit. Diss. §. XV. Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. 3. B. 1. Abth. §. 418. a. E. S. 388. und Tittmann's Handbuch des peinl. Rechts. 2. Th. §. 247. S. 170.

70) *Mich.* Havemann Gamologia synopt. S. Tr. de iure connubior. Lib. II. Tit. VI. Probl. 13. pag. 512. sqq. Carpzov Iurispr. for. P. IV. Const. XXX. Def. 7. nr. 10. Müller ad *Struvium*. Ex. XXIX. Th. 29. Not. ε.

§. 1216. d.

Religionsverschiedenheit.

Aus Besorgniß einer Verführung zum Abfall vom Christenthume verbieten ferner die Gesetze

III. die Ehen zwischen Christen und Nichtchristen. Das römische Recht verbietet jedoch nur namentlich die Ehe zwischen Christen und Juden; und sieht dieselbe wie ein adulterium an. Das Gesetz, welches diese Ehe untersagt, ist eine Verordnung vom K. Theodos dem Großen, nämlich die *L. 6. Cod. de Iudaeis* [71]), vom J. 388. folgenden Inhalts: Ne quis Christianam mulierem in matrimonium *Iudaeus* accipiat: neque Iudaeae *Christianus* coniugium sortiatur; nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huiusmodi crimen obtinebit. Schon früher im Jahr 370. hatte zwar der Kaiser Valentinian I. die Ehe zwischen Römern und Barbaren, oder Gentiles, als ein Kapitalverbrechen, verboten [72]); allein dieses Ver-

LYNCKER Consil. et Respons. Nr. CXLIII. *Ge. Lud.* BOEHMER Principia iuris canon. §. 385. und *Car. Christph.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. German. Tom. I. §. 370. nr. II.

71) Im Theodosianischen Codex kommt diese Verordnung an zwey Orten, *L. 2. Lib. III. Tit. 7. de nuptiis* und *L. 5. Lib. IX. Tit. 7. ad Leg. Iuliam de adulteriis* vor.

72) *L. un. Cod. Theod.* Lib. III. Tit. 14. *de nuptiis Gentilium.* Nulli *provincialium*, cuiuscunque ordinis aut loci fuerit, cum *barbara* sit *uxore* coniugium: nec ulli *Gentilium* provincialis foemina copuletur. Quodsi quae *inter provinciales atque Gentiles* affinitates ex

bot bezog sich nicht auf Religionsverschiedenheit. Denn der Name *Gentiles* oder *Barbari* soll hier keineswegeß heidnische Völker, wie die meisten glauben, sondern alle diejenigen bezeichnen, welche keine Unterthanen des römischen Reichs sind [73]). Man hielt dergleichen Ehen für verdächtig, weil durch die dadurch errichteten Schwägerschaften, und aus Veranlassung derselben, gar leicht gefährliche Anschläge gegen die Sicherheit des römischen Reichs gemacht werden konnten [74]). Denn die Barbaren, von denen das Gesetz spricht, waren insgemein Feinde der Römer. In dem justinianeischen Coder findet sich zwar diese Verordnung nicht, und daraus hat Jacob Gothofre-

huiusmodi nuptiis extiterint, (*quod in iis suspectum, vel noxium detegitur*) capitaliter expietur.

73) S. *Ezech* SPANHEMII Orbis Rom. Exerc. II. Cap. 22. *Corn. Wilh. de* RHOER Dissertation. de effectu religionis christian. in iurisprud. Rom. Fasc. I. Diss. VI. §. 36. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 369. Not. a. Ganz unrichtig hat *Jac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. un. cit. Tom. I. *Cod. Theod.* pag. 348. edit. *Ritter.* den Ausdruck *Gentiles* oder *Barbari* erklärt, wenn er sagt: erant ii, qui Romanis militabant, quique ad Romanos transierunt, et in leges Romanas recepti, seu suscepti fuerant deditione. Wie konnte die Ehe mit diesen, als ein Kapitalverbrechen, verboten werden? Aus noch anderen Gründen hat diese Erklärung widerlegt *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 13.

74) S. GOTHOFREDUS c. l. pag. 349 und HEINECCIUS Antiquitat. Roman. iurispr. illustr. Syntagm. Append. Libri I. Cap. I. §. 33. pag. 253. edit. noviss. *Haubold.* (*Francof. ad Moen.* 1822. 8.)

dus [75]) schließen wollen, sie sey schon zu Justinians Zeiten aufgehoben gewesen. Eben so Brisson [76]). Allein diese Meinung widerlegt Justinian selbst, wenn er *pr. J. de nuptiis* sagt: Iustas autem nuptias inter se *cives Romani* contrahunt, und so hießen zu Justinians Zeiten alle Unterthanen des römischen Reichs [77]). Zuweilen erlaubten zwar die Kaiser die Ehe einer Römerin mit einem Barbaren, und umgekehrt, durch ein Rescript, wovon Gothofredus [78]) und Spanheim [79]) Beyspiele anführen; allein dieß waren Ausnahmen, dergleichen doch nur selten waren, und nicht gebilliget wurden [80]). Soviel ist

75) Comm. cit. pag. 350. in fin. Ihm stimmt auch Heineccius Antiquitat. Rom. Lib. I. Tit. 10. §. 16. und Append. Libri I. Cap. I. §. 34. in fin. pag. 255. bey.

76) De iure connubior. p. 342. edit. *Trekell.*

77) S. *Ev.* Otto und *Jan. a* Costa Commentar. ad pr. J. de nupt.

78) Cit. Comment. p. 349.

79) Cit. loc. pag. 368.

80) Darüber klagte unter Honor und Arcadius vorzüglich Claudianus *in bello Gildon.* v. 90 — 94.

Mauris clarissima quaeque
Fastidita datur: media Carthagine ductae
Barbara Sidoniae subeunt connubia matres.
Aethiopem nobis generum, Nasumona maritum
Ingerit: exterret cunabula degener infans.

Wenn man dagegen aus Prudentius *adv. Symmachum II.* v. 613. die Stelle anführt:

— nunc per genialia fulcra
Externi ad ius connubii: nam sanguine mixto
Texitur alternis ex gentibus una propago;

so lehrt der Zusammenhang dieser Verse mit den vorhergehenden, daß hier blos der Gedanke ausgeführt werden

auch wohl richtig, daß dem Kr. Justinian nur blos die Härte der Verordnung des Kaisers Valentinian nicht gefallen habe [81]). Uebrigens erfordert das römische Recht keine vollkommene Religionsgleichheit der Ehegatten. Es duldet die Ehen zwischen Orthodoxen und Ketzern (haeretici), wie aus mehreren Gesetzen [82]) erhellet, und es ist ein offenbarer Mißverstand, wenn man die Worte: *divini et humani iuris communicatio* in der Definition, welche Modestin von der Ehe giebt, von einer Religionsgleichheit der Ehegatten hat erklären wollen, wie ich schon an einem andern Orte [83]) gezeigt habe. Man findet nicht einmal, daß das römische Recht mit andern Nichtchristen die Ehe untersagt habe, als mit den Juden, vielleicht weil man von ihrer Seite die Gefahr der Verführung zum Abfall von Christenthume für größer hielt [84]).

soll, die christliche Religion verbinde alle Völker der Erden mit einander. S. de Rhoer c. l. pag. 302.

81) S. Cannegieter c. l. pag. 194. und Haubold ad *Heineccii* Antiquit. Rom. Append. Libri I. Cap. I. §. 34. not. 6. pag. 254. Man vergleiche auch *Christ.* Rau Diss. de Lege Mensia. *Lipsiae* 1786. §. 9.

82) *L.* 12. §. 1. *L.* 18. §. 1. *Cod. de haereticis.* S. Photii *Nomocanon.* Tit. XII. Cap. 13. (in Justelli Bibliotheca iuris canon. vet. Tom. II. pag. 1071.) und Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 6. pag. 131. sqq.

83) Th. 23. §. 1205. S. 131. ff. Man sehe noch *Ge.* D'Arnaud Variar. Coniecturar. iuris civ. Lib. II. Cap. 19. pag. 342 — 344. und Köchy civilist. Erörterungen 1. Samml. Leipzig 1797. S. 153. ff.

84) S. Brouwer de iure connubior. Lib. II. Cap. 21. nr. 6. pag. 595.

Allein die Kirchenväter besorgten das Nämliche auch von den Ehen der Christen mit Heiden. *Non nubimus Ethnicis*, sagt Tertullian [85]), *ne nos ad idololatriam usque deducant, a qua apud illos nuptiae incipiunt.* Daher warnt Ambrosius [86]) alle Christen vor solchen Ehen: *Cave, Christiane*, sagt er, *Gentili aut Iudaeo filiam tuam tradere. Cave, inquam, Gentilem aut Iudaeam, atque Alienigenam, hoc est haereticam, et omnem alienam a fide tua uxorem accersas tibi. Prima coniugii fides castitatis gratia est. Si idola colat, quorum praedicantur adulteria, si Christum neget, qui praeceptor, et remunerator est pudicitiae, quomodo potest diligere pudicitiam? Si Christiana sit, non est satis, nisi ambo initiati sitis sacramento baptismatis.* Es waren indessen doch nur Warnungen dieser frommen Kirchenväter. Deswegen hielten sie aber doch dergleichen Ehen nicht gerade für sündlich, vielmehr sagt der heilige Augustinus [87]): *Nostris temporibus iam non putantur esse peccata, quoniam revera in novo Testamento nihil inde praeceptum est, et ideo aut licere creditum est, aut velut dubium derelictum. Mulier, mortuo viro, cui vult nubere, nubat; tantum in Domino. Quod duobus modis accipi potest, aut Christiana permanens, aut Christiano nubens. Non enim tempore revelati Testamenti novi in*

85) *Lib. de corona militis. Cap.* 13. S. auch *ad Uxorem* lib. II. cap. 2.

86) *Lib. de Patriarchis. De Abrahamo* Lib. I. cap. 9. Daraus ist *Can.* 15. *Caus. XXVIII. Qu.* 1. in Gratian's Decret entlehnt. S. Berardus ad Grat. P. III. Cap. 12. pag. 70.

87) *Lib. I. de adulterinis coniugiis* Cap. 25.

Evangelio vel ullis Apostolicis literis sine ambiguitate declaratum esse recolo, utrum Dominus prohibuerit, fideles cum infidelibus iungi, quamvis beatissimus CYPRIANUS *inde non dubitet, nec in levibus peccatis constituat, iungere cum infidelibus vinculum matrimonii, atque id esse ducat prostituere gentilibus membra Christi.* Dieser heilige Vater erzählt sogar von seiner eigenen Mutter, Monika, daß sie einen Heiden zum Mann gehabt habe [88]). Eben so hatte die Klotilde den heidnischen Franken-König Klodwig zur Ehe, den sie zur Annehmung der christlichen Religion bewog. Daher verbietet auch die Kirchenversammlung zu Laodicea can. 10. die Heyrathen mit Ketzern nicht schlechterdings, sondern empfiehlt nur Behutsamkeit, und Berücksichtigung der etwa daraus entstehenden Gefahr für das ewige Heil der Seele. Läßt jedoch die Ehe ohne Bedenken unter der Bedingung zu, wenn der nichtchristliche oder ketzerische Theil verspricht, Christ und Katholik zu werden. Es ist dieß eben derjenige Canon, welchen Gratian *can.* 16. *Caus. XXVIII. Qu.* 1. dem *Concilio Agathensi* (Agde) vom J. 506. zuschreibt: Non oportet cum hominibus haereticis (richtiger cum *omnibus* s. *universis haereticis*) miscere connubia, et vel filios vel filias dare, sed potius accipere, *si tamen se profiteantur, Christianos esse futuros et Catholicos* [89]). Die folgenden Concilien, nämlich das zu Orleans (Concilium *Aurelianense*) vom J. 533. und das zu Auvergne (Concilium *Arvernense*) vom J. 535. welches Gratian *can.* 17. *C. XXVIII.*

88) *Confessionum* Lib. IX. Cap. 9.

89) S. BERARDUS ad Gratiani canones. P. I. Cap. 23. p. 254. ad can. cit. 16.

Qu. 1. unter der ganz falschen Ueberschrift: *ex Concilio Urbanensi I.* anführt, verbieten nicht nur die Ehen zwischen Christen und Juden schlechterdings, sondern belegen auch diejenigen mit der Excommunication, die sich nicht auf das Gebot der Kirche wieder von einander trennen würden [90]. Die Worte des *can.* 19 *Concilii Aurelianensis II.* lauten folgendermaßen: *Placuit, ut nullus Christianus Judaeam, neque Judaeus Christianam in matrimonio ducat uxorem, quia inter huiusmodi personas illicitas nuptias esse censemus. Qui, si commoniti a consortio hoc se separare distulerint, a communionis gratia sunt sine dubio semovendi* [91]. Das vierte Concilium zu Toledo vom J. 633. *Can.* 63. bey Gratian *can.* 10. *Caus. XXVIII. Qu.* 1. will die Ehe nur in dem Falle bestehen laßen, wenn sich der jüdische Ehegatte auch zur christlichen Religion bekennt. Eben so verbietet die Trullanische Synode (*Synodus quinisexta*) vom J. 692. *can.* 72. die Ehe zwischen Orthodoxen und Ketzern bey Strafe der Nichtigkeit. Non licere virum orthodoxum cum muliere haeretica coniungi, neque vero orthodoxam cum viro haeretico copulari. Sed et si quid eiusmodi ab ullo ex omnibus factum apparuerit, irritas nuptias existimari, et nefarium coniugium dissolvi [92].

In der abendländischen Kirche fehlt es nun zwar an einem solchen allgemeinen Kirchengesetz; es ist aber doch

90) S. Berardus P. I. Cap. 28. in Append. pag. 267. sq.

91) Sirmon Concil. Galliae. Tom. I. pag. 229. Harduin Concil. Tom. II. pag. 1175. und Berardus c. l. pag. 268.

92) S. *van* Espen Scholia in canones Trullanos ad can. 72. (*Operum* Tom. VII. pag. 155.)

durch eine allgemeine kirchliche Gewohnheit als Gesetz angenommen, daß die Ehen zwischen Getauften und Ungetauften ungültig sind [93]). Sonst ist eine bloße Religionsverschiedenheit kein Ehehinderniß. Daher sind die Ehen zwischen Katholiken und Protestanten gültig. Zwar haben die Päbste diese Ehen nie gern gesehen, aber mit einer solchen Leidenschaftlichkeit, wie der sonst so aufgeklärte und humane Pabst Benedict *XIV*. hat nicht leicht ein Pabst seinen Unwillen gegen dieselben ausgesprochen. In einer eignen Declaration vom J. 1741. [94]) lobt er den Eifer derjenigen Bischöfe, welche ihre katholischen Untergebenen durch strenge geistliche Strafen zurückhalten, daß sie sich durch kein so gottesräuberisches Band (sacrilego vinculo) mit den Ketzern verbinden, (so werden hier die Protestanten genannt). Es ist auffallend, wie dieser Pabst nun noch alle treue Diener Gottes und der Kirche auf das ernstlichste und nachdrücklichste ermahnt, ihre katholischen Untergebenen beyderley Geschlechts, von solchen Heyrathen möglichst abzuschreken, wodurch sie ihrer Seelen Heil verscherzen, (nuptiis *in propriarum animarum perniciem* ineundis), und daß sie dergleichen Ehen auf alle Weise zu untergraben, und mit Nachdruk zu verhindern sich bestreben sollen. Vollends unerhört aber ist es, wenn Seine päbstliche Heiligkeit

93) *Van* Espen ius eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. 9. §. 4. Engel Coll. iur. canon. Lib. IV. Tit. 16. §. 2. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 6. pag. 133,

94) Sie steht aus einer Diss. des ehemaligen berühmten Kirchenrechtslehrers *Franc. Ant.* Dürr de potestate patria circa religionem liberorum, in *Ant.* Schmidt *Thes. iuris. eccles.* Tom. VI. pag. 692. sq.

noch in diesem Jahrhundert (1803.) das Gesuch eines Schweitzer Cantons um die Erlaubniß, daß Katholiken und Reformirte sich ehelichen dürfen, aus dem Grunde abgeschlagen hat, weil das zu Rathe gezogene Cardinals-Collegium dergleichen Ehen nach den Canonen der Kirche für verboten erklärt hätte. Was sind denn dieß für Kirchen Canonen? Es wird sich auf den oben angeführten *can.* 16. *C. XXVIII. Qu.* 1. berufen, welcher von haereticis spricht? Allein mit diesem Namen können doch gewiß die Protestanten auch selbst nach dem canonischen Recht nicht belegt werden, wie neuerlich selbst von einem katholischen Geistlichen gezeigt worden ist [95]. Das canonische Recht erklärt die haeresis für eins der schwersten Verbrechen. Wie kann die Uebung einer Religion dafür gehalten werden, welche in dem Westphälischen Frieden Art. *V.* §. 1. mit der katholischen völlig gleiche Rechte erhalten hat? Man vergleiche den Begriff, den das canonische Recht vom haereticus giebt [96], mit dem Art. *V.* §. 35. vermöge welchen den Protestanten, wegen ihrer Religions-Verschiedenheit in keinem Falle ein Nachtheil zugefügt, noch diejenigen Rechte entzogen werden sollen, von welchen Ketzer nach dem gemeinen Recht ausgeschlossen sind. Ja erklärte nicht selbst Kr. Ferdinand III. in der Instruction an seine Gesandten beym

95) Rechtfertigung der gemischten Ehen zwischen Katholiken und Protestanten in statistisch-kirchlich- und moralischer Hinsicht, von einem katholischen Geistlichen; mit einer Vorrede von Dr. Leander van Eß, Prof. und Pfarrer zu Marburg. Köln 1821. gr. 8.

96) *Can.* 28. *Caus. XXIV. Qu.* 3. Man sehe vorzüglich *van* Espen iur. eccles. univ. P. III. Tit. IV. Cap. 2. (*Oper. a* Gibert *editor.* Tom. IV. pag. 38.)

durch eine allgemeine kirchliche Gewohnheit als Gesetz angenommen, daß die Ehen zwischen Getauften und Ungetauften ungültig sind [93]). Sonst ist eine bloße Religionsverschiedenheit kein Ehehinderniß. Daher sind die Ehen zwischen Katholiken und Protestanten gültig. Zwar haben die Päbste diese Ehen nie gern gesehen, aber mit einer solchen Leidenschaftlichkeit, wie der sonst so aufgeklärte und humane Pabst Benedict XIV. hat nicht leicht ein Pabst seinen Unwillen gegen dieselben ausgesprochen. In einer eignen Declaration vom J. 1741. [94]) lobt er den Eifer derjenigen Bischöfe, welche ihre katholischen Untergebenen durch strenge geistliche Strafen zurückhalten, daß sie sich durch kein so gottesräuberisches Band (sacrilego vinculo) mit den Ketzern verbinden, (so werden hier die Protestanten genannt). Es ist auffallend, wie dieser Pabst nun noch alle treue Diener Gottes und der Kirche auf das ernstlichste und nachdrücklichste ermahnt, ihre katholischen Untergebenen beyderley Geschlechts, von solchen Heyrathen möglichst abzuschreken, wodurch sie ihrer Seelen Heil verscherzen, (nuptiis *in propriarum animarum perniciem* ineundis), und daß sie dergleichen Ehen auf alle Weise zu untergraben, und mit Nachdruk zu verhindern sich bestreben sollen. Vollends unerhört aber ist es, wenn Seine päbstliche Heiligkeit

93) *Van* Espen ius eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. 9. §. 4. Engel Coll. iur. canon. Lib. IV. Tit. 16. §. 2. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 6. pag. 133,

94) Sie steht aus einer Diss. des ehemaligen berühmten Kirchenrechtslehrers *Franc. Ant.* Dürr de potestate patria circa religionem liberorum, in *Ant.* Schmidt *Thes. iuris. eccles.* Tom. VI. pag. 692. sq.

noch in diesem Jahrhundert (1803.) das Gesuch eines Schweitzer Cantons um die Erlaubniß, daß Katholiken und Reformirte sich ehelichen dürfen, aus dem Grunde abgeschlagen hat, weil das zu Rathe gezogene Cardinals-Collegium dergleichen Ehen nach den Canonen der Kirche für verboten erklärt hätte. Was sind denn dieß für Kirchen Canonen? Es wird sich auf den oben angeführten *can.* 16. *C. XXVIII. Qu.* 1. berufen, welcher von haereticis spricht? Allein mit diesem Namen können doch gewiß die Protestanten auch selbst nach dem canonischen Recht nicht belegt werden, wie neuerlich selbst von einem katholischen Geistlichen gezeigt worden ist [95]). Das canonische Recht erklärt die haeresis für eins der schwersten Verbrechen. Wie kann die Uebung einer Religion dafür gehalten werden, welche in dem Westphälischen Frieden Art. *V.* §. 1. mit der katholischen völlig gleiche Rechte erhalten hat? Man vergleiche den Begriff, den das canonische Recht vom haereticus giebt [96]), mit dem Art. *V.* §. 36. vermöge welchen den Protestanten, wegen ihrer Religions-Verschiedenheit in keinem Falle ein Nachtheil zugefügt, noch diejenigen Rechte entzogen werden sollen, von welchen Ketzer nach dem gemeinen Recht ausgeschlossen sind. Ja erklärte nicht selbst Kr. Ferdinand III. in der Instruction an seine Gesandten beym

95) Rechtfertigung der gemischten Ehen zwischen Katholiken und Protestanten in statistisch-kirchlich- und moralischer Hinsicht, von einem katholischen Geistlichen; mit einer Vorrede von Dr. Leander van Eß, Prof. und Pfarrer zu Marburg. Köln 1821. gr. 8.

96) *Can.* 28. *Caus. XXIV. Qu.* 3. Man sehe vorzüglich *van* Espen iur. eccles. univ. P. III. Tit. IV. Cap. 2. (*Oper. a* Gibert *editor.* Tom. IV. pag. 38.)

Friedenscongresse vom 11. Jan. 1646. daß die Lutherischen und Reformirten sub titulo et nomine Augustanae Confessionis *a crimine haereseos* in effectu et quoad usum temporalium et iurium absolvirt seyen [97]? Die neuern aufgeklärten katholischen Rechtsgelehrten, unter denen ich die Namen eines Zeiller's [98], Michl's [99], Rechberger's [100] und Gambsjäger's [1] mit Ehrfurcht nenne, geben dieses auch einstimmig zu. Nur in einem der neuesten Systeme des Kirchenrechts [2] liest man noch: „die Ehen zwischen Katholiken und Akatholiken sind zwar gültig, werden aber von der Kirche aus Gründen, die in der Natur der Sache selbst liegen, und welche die Protestanten der That nach ebenfalls anerkennen, sehr mißbilliget." Hier werden denn zum Beleg alle die Texte des canonischen Rechts angeführt, die von haereticis handeln. Doch noch nicht genug. „Um so weniger, fährt der deutsche Kirchenrechtslehrer fort, ist der Pfarrer zu tadeln, der nach der Vorschrift des Pabstes Benedict XIV. bey solchen Ehen die Einsegnung, und andere ausserwesent-

97) S. Gärtners Westphäl. Friedens-Canzley. Th. VII. S. 445. u. Pütter's Geist des Westphäl. Friedens. S. 363. ff.

98) Commentar über das allgem. bürg. Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbl. der Oesterreichischen Monarchie. 1. B. 1. Th. 2. Hauptst. §. 64. S. 212. f.

99) Kirchenrecht für Katholiken u. Protestanten §. 73.

100) Enchiridion iuris eccles. Austriaci. Tom. II. §. 178.

1) Ius ecclesiastic. §. 228. pag. 472.

2) Ferd. Walter's Lehrbuch des Kirchenrechts. (Bonn 1822.) §. 193.

liche Feyerlichkeiten, in denen die freudige Zustimmung der Kirche sich ausspricht, nicht anwenden will." Eine solche Aeußerung verdient nicht das Lob einer ächt philosophisch unbefangenen Ansicht der Religion. Wie ungleich aufgeklärter und richtiger urtheilt dagegen der freymüthige Michl? „Können Katholiken und Protestanten, sagt er, andere gerichtliche oder bürgerliche Geschäfte mit einander abmachen, warum sollen sie nicht auch einen Ehevertrag, der an sich besonders nach ächt protestantischen Grundsätzen, nur ein bürgerliches Geschäft ist, mit einander abschliessen können? — Oeftere eheliche Verbindungen würden gewiß auch die Herzen beyder Religionstheile in nähere Verbindung bringen!! Wie lieblich spricht sich hier der Geist des unbefangenen Katholiken nach der reinen Lehre Jesu aus? Noch eine Bemerkung von der aufgeklärten Denkungsart dieses Rechtsgelehrten verdient hier einen rühmlichen Platz. „Aus den jetzt allgemein angenommenen Grundsätzen von Gewissensfreyheit und Toleranz, sagt er, fließt, daß nicht allein Ehen zwischen Katholiken und Protestanten gelten, sondern auch zwischen Christen und Nichtchristen bestehen können. Es kommt daher auf die weltlichen Regenten an, ob sie dieses ohnehin zuerst von den römischen Kaisern aufgestellte Ehehinderniß von der Religionsverschiedenheit noch länger beybehalten, oder abschaffen wollen [3])." Noch weiter geht Carl Küst-

3) Dem großen Sanhedrim in Frankreich legte Napoleon die Frage vor, ob nach dem jüdischen Gesetz eine Jüdin mit einem Christen, oder eine Christin mit einem Juden sich verehlichen könne? Die in der Versammlung gegenwärtigen Rabbiner antworteten, sie seyen zwar eben so wenig geneigt, eine solche Ehe zu segnen, als es

ner [4]): Quum *libertas religiosa*, sagt er, omnibus fidei cuiuscunque asseclis communis, *novissimarum civitatis formularum fundamentum sit atque esse debeat*, atque cunctis inde civibus, qualemcunque religionem sequentibus, eadem iura civilia legibus scribenda sint: *inter varios diversarum religionum sectatores, neque iuris omnino discrimen satuere, neque ob hoc discrimen prohibere matrimonium legislatori licet.*

§. 1216. d.

Vormundschaftliches Verhältniß, ein Ehehinderniß.

Nicht sowohl um Mißbrauch der Gewalt, welche ein Vormund über seine Mündel hat, als vielmehr um Untreue und Vervortheilung bey Vormundschaften zu verhüten, die unter dem Schleier der Ehe gar leicht durch Hinderung abzulegender Rechnung verborgen werden könnte, verbietet das römische Recht ferner

III. die Ehe **zwischen dem Vormund und seiner Pflegbefohlnen**, so wie zwischen dieser, und dem Sohne,

die katholischen Seelsorger sind; indessen beschloß dennoch der Sanhedrim, daß die zwischen Juden und Christen, den Verordnungen des bürgerlichen Gesetzbuchs gemäß, geschlossenen Ehen bürgerlich verbindlich und gültig seyen, und daß sie, obgleich unfähig mit den religiösen Formen bekleidet zu werden, doch auch nach dem jüdischen Gesetz keinen Fluch nach sich zögen.

4) Diss. de matrimonio atque ratione, quae ei cum civitate atque ecclesia intercedit. *Lipsiae* 1810. 4. P. I. Cap. I. pag. 18. Man sehe auch Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VII. Spec. CCCCLXII. Corol. 5.

Enkel, Vater und Bruder des Vormundes, welcher mit demselben noch in derselben väterlichen Gewalt ist; nicht minder zwischen der Mündel, und dem heres extraneus des Vormundes, weil auch dieser aus der Vormundschaft in Anspruch genommen werden kann; nämlich so lang noch keine Rechnung abgelegt worden, und diejenige Zeit noch nicht verstrichen ist, wo die Pflegbefohlne, nach erlangter Großjährigkeit, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch suchen kann; auch wenn der Vormund nicht mehr Vormund ist, aber doch noch die Gefahr der Tutel trägt [5]). Dieses Verbot ist durch ein auf den Antrag des Kaisers Marcus Antoninus gemachtes Senatusconsult eingeführt worden, und wird daher von den römischen Rechtsgelehrten bald dem Senatusconsult, bald der *Oratio Divi Marci* zugeschrieben. Die vorzüglichsten Stellen sind.

L. 59. D. h. t. PAULUS *lib. sing. de adsignatione libertorum.* Senatusconsulto, quo cautum est, *ne tutor pupillam vel filio suo, vel sibi nuptum collocet*, etiam *nepos* significatur.

L. 60. IDEM *libro singul. ad Orationem Divi Antonini et Commodi.* Si quis tutor quidem non sit, *periculum tamen tutelae ad eum pertineat*, an *sententia Orationis* contineatur: veluti si pupilla ab

5) S. BROUWER de iure connubior. Lib. II. cap. 20. *Jo. Ortw.* WESTENBERG Divus Marcus. Diss. XLV. *Jo. D'* AVEZAN Tr. de matrimoniis. Cap. 28. (*Th. Meerm.* T. IV. pag. 342.) *Ge. D'* ARNAUD Variar. Conjecturar. Lib. II. cap. 17. BERARDUS Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 7. pag. 139. und *Frid. Es.* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 94.

hostibus capta fuerit[6]), aut falsis allegationibus a tutela se excusaverit, ut ex sacris constitutionibus periculum ad eum pertineat[7])? Et dicendum est, *hos quoque ad Senatusconsultum pertinere:* nam et huiusmodi periculum in numerum trium tutelarum computari comprobatum est.

Wer blos als Magistrat aus einer Vormundschaft belangt werden kann, oder als Bürge für den Vormund haftet, ist unter dem Verbote des Gesetzes nicht mit begriffen; wohl aber der Erbe des Vormundes, wenn er auch ein heres extraneus ist.

L. 60. §. 1. *D. eodem.* Sed si *propter alterius personam* periculum ad eum pervenit, videamus, ne extra sententiam *Senatusconsulti* sit: veluti si Magistratus in tutelae periculum incidit, vel fideiusserit quis pro tutore, vel curatore: quia nec in numerum trium tutelarum haec imputantur[8]), *et consequens est, hoc probare*[9])

6) Denn, wenn die Pupillin in feindliche Gefangenschaft geräth, so endiget sich die Tutel. §. 1. *J. Quib. mod. tut. finit.* Kehrt sie zurück, so tritt das ius postliminii ein, als ob sie die Civität nie verlohren gehabt hätte. *L.* 4. *L.* 16. *D. de captiv. et postlim. reversis.* Daher wird durch die Gefangenschaft der Mündel das periculum tutoris nicht aufgehoben.

7) Vid. tot. tit. Cod. *Si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit.* V. 63.

8) Der Grund, den hier Paulus von der Excusation dreyer Vormundschaften hernimmt, ist eigentlich nicht passend. Er selbst räumt gleich nachher §. 2. ein, daß dieser Grund nicht der gesetzliche, auch nicht durchgreifend sey. Der Grund ist eigentlich der, weil das Ge-

L. 64. §. 1. *D. h. t.* CALLISTRATUS *libro II. Quaestionum.* Senatusconsulti, quo prohibentur *tutores* et *filii eorum* pupillas suas ducere, puto *heredem quoque tutoris extraneum* sententia adprehendi: cum ideo prohibuerit huiusmodi nuptias, *ne pupillae in re familiari circumscribantur ab his, qui rationes eis gestae tutelae reddere compelluntur.*

L. 67. §. 2 *D. eodem.* TRYPHONINUS *Libro IX. Disputationum.* Sed et si filiusfamilias tutor puellae vel curator fuit, puto, vel magis *patri eius* non oportere eam nubere: numquid nec *fratri, qui est in eiusdem potestate* [10])?

natusconsult verhüten will, daß durch die Ehe mit der Mündel nicht die Ablegung der Vormundschaftsrechnung vereitelt werde, und die begangene Untreue des Vormundes unentdeckt bleibe. Es geht also nur Vormünder an, und diejenigen, die zur Ablegung der Vormundschaftsrechnung verpflichtet sind, also mit der actio tutelae in Anspruch genommen werden können. S. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 496. und *Ant.* FABER Iurisprud. Papinian. scientia Tit. IX. Princ. I. Illat. 11. pag. 341.

9) Der griechische Scholiast ad *Basilica* Tom. IV. pag. 303. erklärt diese Worte ganz richtig so: *καὶ ἀκολουθόν ἐστι ἑκατέρῳ τούτων τὸν τῆς ποτε πουπίλλας ἐπιτρέπεσθαι γάμον.* i. e. *et consequens est, utrumque eorum non prohiberi pupillam uxorem ducere.* S. *Ant.* FABER Iurisprud. Papinian. Tit. IX. Pr. I. Illat. 11. pag. 341.

10) *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. VIII. cap. 6. fol. 618. hält diese Stelle für fehlerhaft. Denn es sey nicht zu glauben, daß Tryphonin eine Frage werde aufgeworfen haben, ohne sie zu beant-

Daß der Vormund Rechnung abgelegt hat, hebt das Ehehinderniß noch nicht auf. Es muß auch die Zeit verstrichen seyn, da die Mündel nach erreichter Volljährigkeit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch suchen kann, wenn sie auch unterdeßen schon mit einem Andern verheyrathet gewesen, und Mutter geworden wäre, so daß man glauben sollte, sie werde aus Liebe zu ihren Kindern den Vormund nicht schonen.

L. 62. §. 2. *D. h. t.* PAPINIANUS *Libro IV. Responsorum.* Tutor, qui rationes curatori reddidit [11]), puellam suam [12]) *ante constitutum tempus*

worten. Er will also statt *numquid* lieber namque lesen. Allein dazu ist keine Nothwendigkeit vorhanden. Der Sinn der Worte ist der: Sollte nicht auch die Ehe dem Bruder des Vormunds verboten seyn, der mit demselben in einerley väterlichen Gewalt ist? diese Frage beantwortete sich von selbst aus dem Grunde der Personeneinheit. In den Basiliken Tom. IV. pag. 288. Const. 10. heißt es daher geradezu: Οὔτε ὁ πατὴρ τοῦ ἐπιτρόπου, οὔτε ὁ συνυπεξούσιος αὐτοῦ ἀδελφος, δύναται γαμεῖν τὴν ὀρφανήν. S. *Ant.* FABER Iurispr. Papinian. Tit. VIII. Pr. VII. Illat. 8. pag. 327. und WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XLV. §. 14. pag. 388.

11) *Cod. Erlang.* reddere debuit. Eben so CHEVALLONIUS und BAUDOZA CESTIUS. Allein die Taurellische Lesart bestätigen die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 5. Const. 29. pag. 292. wo es heißt ἀποδῷ τοὺς λόγους.

12) *Cod. Erl.* pupillam suam, und so auch Haloander, Miräus, Chevallon, Baudoza, Merlin und alle, die ich verglichen habe. Diese Lesart verdient auch wohl unstreitig den Vorzug. Denn die Rechtsgelehrten haben bey der Erklärung des Senatusconsults immer die Worte

aetatis eius[13]) uxorem ducere, nec matrem ex alio matrimonio factam [14]), potest.

L. 6. *Cod de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem s. curator.* Impp. VALERIANUS et Gallienus AA. *Lucio.* Si patris tui, pupillam, *nondum reddita tutelae ratione*, vel *post redditam nondum exacto quinto et vicesimo anno, nec non utili anno*, uxorem duxisti, nec matrimonium cum ea habuisse, nec filium ex huiusmodi coniunctione procreasse videri potes.

Es kommt auch bey diesem Eheverbote darauf nichts an, ob der Vormund ein tutor administrans, oder blos ein tutor honorarius ist, weil auch dieser subsidiarisch haftet, wenn er dem schlecht verwaltenden Vormunde zuviel nachgesehen hat, welchen Grund Paulus *L.* 60. §. 2. *D. h. t.* anführt. Quid ergo, sagt er, *si honoris*

desselben beybehalten. Nun heißt es im Senatusconsult: ne uxorem tutor *pupillam suam* ducat. *L.* 60. §. 5. *D. h. t.* Auch die Basiliken a. a. O. haben τὴν ὀρφανήν. Man sehe *Jo. Guil.* HOFFMANN Meletemat. s. Observation. variar. ad Pand. Diss. XXI. §. 2.

13) Das heißt jetzt vor dem 29sten Jahre, weil der Minderjährige, nach dem Eintritt der Großjährigkeit, noch binnen vier Jahren die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen kann. *L. ult. Cod. de temporib. restit. in integr.* S. *Jac.* CUJACIUS Commentar. in libr. IV. Responsor. Papiniani, ad L. 62. D. h. t. (*Oper. a Fabroto editor.* Tom. I. pag. 156.) Die *Basilica* c. l. haben ἕως οὗ τῶν ἐντελῶν γένηται, *donec perfectae aetatis sit.* Man sehe auch p. 288. Const. IX.

14) *Basilica* c. l. κἂν ἐξ ἑτέρου γάμου τέτοκεν. i. e. *etiamsi ex alio matrimonio liberos ediderit.*

causa tutor datus sit? Quatenus[15]) nec huiusmodi tutela in numerum computatur, numquid idem sit? Sed *ratio* in contrarium ducit: quod dictum est, *et honorarium tutorem periculum solere pati, si male passus sit administrari tutelam*[16]).

Der Sohn des Vormunds darf aber weder beym Leben seines Vaters, noch nach desselben Tode die Mündel heyrathen, über deren Vormundschaft sein Vater noch Rechnung abzulegen hatte, er mag Erbe seines Vaters geworden seyn, oder nicht. Denn der Vater konnte vielleicht nur zum Schein seinen Sohn enterbt, oder, wenn er etwa schon emancipirt war, präterirt, und ihm dennoch heimlich und betrüglicher Weise sein Vermögen zugewendet haben, welches also der Vormundschaft wegen in Anspruch genommen werden kann, wie Tryphonin sagt *L.* 67. *pr. D. h. t.* Non solum vivo tutore, sed et *post mortem eius*, filius tutoris ducere uxorem prohibetur eam, cuius tutelae rationi obstrictus pater fuit. Nec puto interesse, *exstiterit ei heres filius*, an *abstinuerit paterna hereditate*, an *nec heres fuit*, forte exheredatus, aut praeteritus, emancipatus[17]); *nam et fieri potest, ut per fraudem in*

15) *Quatenus* ist hier soviel als quandoquidem.

16) Eine tutela honoraria kommt zwar nicht bey der Berechnung der drey Tutelen in Anschlag, welche von der Uebernehmung einer neuen Vormundschaft befreyen. Dennoch ist sie ein Ehehinderniß nach dem Senatusconsult. Denn auch der tutor honorarius haftet actione tutelae. *L.* 3. §. 2. *D. de administrat, et peric. tutor.*

17) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 497.) glaubt, es fehle hier etwas an dem vollkom-

eum[18]) *collocata bona patris propter tutelam revocari oporteat.*

Wenn nun gleich das Senatusconsult ausdrücklich nur die Ehe verbietet, so versteht es sich doch von selbst, daß auch die Sponsalien nicht erlaubt sind. Denn Paulus schließt ganz richtig, wenn er *L.* 60 § 5. *D. h. t.* sagt: cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne quidem *desponderi* potest: nam quae duci potest, iure despondetur. Vorzüglich gehört hieher

menen Sinn. Er supplirt daher nach praeteritus, *suus vel* emancipatus. Ihm stimmt auch Westenberg Div. Marcus Diss. XLV. §. 12. bey. Allein das *emancipatus* geht auf praeteritus, und ist soviel als, *cum esset emancipatus*, so erklären es auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 5. const. 33. pag. 293. wo es heißt: *ἔιτε γέγονεν ἀυτοῦ κληρονόμος, ἔιτε ἀπόκληρος, ἢ ἀμνημόνευτος, ἀυτεξούσιος ὢν, γέγονεν.* Das *exheredatus* begreift also den Fall in sich, wenn der Sohn des Vormundes ein suus heres seines Vaters ist. *Ant.* Faber Iurisprud. Papinian. Tit. IX. Pr. I. Illat. 11. pag. 343.

18) Statt in *eum* will *Ant.* Faber in Iurispr. Papinian. c. l. pag. 343. vielmehr in *alium* lesen, weil der Fall möglich sey, daß der Sohn auch selbst die Güter des Vaters in fraudem Senatusconsulti einem Andern zuwenden könnte. Allein diese Emendation ist schlechterdings zu verwerfen, weil dadurch ein ganz anderer Sinn und Fall untergeschoben wird. Die Richtigkeit der Leseart bestätigen auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 5. Const. 33. pag. 293. *ἴσως γὰρ δεῖ τὰ εἰς βλάβην αὐτῷ παρὰ τοῦ πατρὸς δοθέντα ἀνατραπῆναι.* i. e. *fortasse enim per fraudem in*

L. 15. *D. de sponsalib.* MODESTINUS *libro singulari de enucleatis casibus.* Tutor *factam* [19]) *pupillam suam* nec ipse uxorem ducere, nec filio suo in matrimonio adjungere potest. *Scias tamen, quod de nuptiis tractamus* [20]), *et ad sponsalia pertinere* [21]).

Es ist aber die dem Senatusconsult zuwider geschlossene Ehe nicht nur ungültig, sondern sie hat auch noch andere Strafen zur Folge. Hieher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 66. *D. h. t.* PAULUS *libro II. Sententiarum.* Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum [22])

eum a patre collata revocari oportet. Man sehe auch *Jac.* CUJACIUS Observation. Lib. XIII. cap. 24. circ. fin.

19) *Factam* soll wohl soviel heißen, als puberem factam, *γενομένην*, gewesene Mündel. In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 1. Const. 13. pag. 215. heißt es: Ο *γενομενος ἐπίτροπος*, der gewesene Vormund.

20) Cod. Erlang. *tractavimus.*

21) S. *Jo. Flor.* RIVINI Exerc. iuris civ. ad Modestini casus enucleatos. (*Lipsiae* 1727. 4.) §. 16. et 17.

22) Dieser annus vicesimus sextus ist, wie NOODT Comment. ad Dig. h. t. (*Oper.* Tom. II. pag. 496. bemerkt, der annus utilis, binnen welchem zu den Zeiten des Paulus die Mündel, nach erreichter Volljährigkeit, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen konnte, wie auch noch deutlicher aus *L.* 28. §. 3. *D. de lib. et postum.* *L.* 6. *Cod. de interd. matr. inter pupil. et tut.* erhellet. Da Justinian nachher diesen

non desponsam a patre, nec testamento destinatam, dúcat uxorem, vel eam filio suo iungat: quo facto uterque *infamatur*[23]) et pro dignitate pupillae *extra ordinem coercetur*: nec interest, filius sui iuris, an in patris potestate sit.

L. ult. D. de legatis I. Marcianus *libro II. Institutionum.* Si tutor pupillam suam contra Senatusconsultum uxorem duxit, illa quidem ex testamento ei s capere potest, *ipse autem non potest:* et merito: delinquunt enim hi, qui prohibitas nuptias contrahunt: et merito puniendi sunt, quod imputari non potest mulieri, quae a tutore decepta est.

L. 7. D. ad Leg. Jul. de adulter. coerc. idem *libro X. Institutionum,* Qui pupillam suam duxit uxorem contra Senatusconsultum, nec matrimonium est hoc, et potest *adulterii accusari,* qui tutor et curator fuit, et infra vicesimum sextum annum duxit uxorem *non a patre desponsam,* vel *destinatam,* vel *testamento denominatam.*

L. 7. Cod. de interd. matrim. inter pupillam et tut. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. *Paragonio.* Si tutor vel curator pupillam vel adultam quondam suam, sibi vel filio suo,

annus utilis in ein quadriennium continuum verwandelt hat; so heißt es in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 292. Const. 32. εἰσο τοῦ κέ. ἐνιαυτοῦ, καὶ τοῦ τετραετοῦς χρόνου της αποκαταστάσεως.

23) Ueber den Sinn dieser Worte vergleiche man den 5. Th. dieses Commentars §. 379. Not. 85. S. 175.

nullo divino impetrato beneficio, in matrimonio collocaverit: manet infamia contra eum, veluti confessum de tutela: *quia huiusmodi coniunctione fraudem administrationis tegere laboravit:* et dos data per condictionem repeti potest.

L. 32. §. ult. D. de donat. inter vir. et uxor. Ulpianus *libro XXXIII. ad Sabinum.* Sed si — *tutor pupillam desponderit*, vel quis alius ex his, qui matrimonium copulare prohibentur, et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus facta valeat? Et putem, *etiam sponsalia improbanda, et quasi ab indignis ea, quae donata sunt, ablata, fisco vindicari.*

L. 17. pr. D. de act. rer. amotar. Ulpianus *libro XXX. ad Edictum.* Si concubina res amoverit, hoc iure utimur, ut furti teneatur. Consequenter dicemus, ubicunque cessat matrimonium, utputa in ea, *quae tutori suo nupsit*, vel contra mandata convenit, vel sicubi alibi cessat matrimoninm, *cessare rerum amotarum actionem:* quia competit *divortii causa.*

Es giebt jedoch Fälle, wo das Eheverbot wegfällt. Dahin gehört,

1) wenn der Vater selbst seine Tochter dem Vormunde zur Frau bestimmt, und sie entweder noch bey seinem Leben mit ihm verlobt, oder ihn in seinem Testamente zum Manne seiner Tochter ernannt hat.

L. 36. D. h. t. Paulus *libro V. Quaestionum.* Tutor, vel curator [24]) adultam [25]) uxorem ducere

24) *Jac.* Raevardus Varior. Lib. II. cap. 10. hält die Worte: vel curator für einen Tribonianismus, weil

non potest: *nisi a patre desponsa, destinatave, testamentove nominata conditione nuptiis, secuta fuerit*[26]).

zu des Paulus Zeiten Frauenspersonen keinen Curator erhalten hätten, sondern in einer immerwährenden Tutel gestanden wären. Allein hier ist von keiner Geschlechtstutel die Rede, sondern von einem *tutor* aetatis. Daß aber nach den Zeiten des Kaisers Marcus auch mündige Frauenspersonen Curatoren zur Verwaltung ihres Vermögens erhalten haben, beweisen *L.* 20. *L.* 37. *L.* 60. §. 1. *L.* 67. §. 2 *et* 3. *D. h. t.* wo eines curator puellae ausdrücklich gedacht wird. S. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. anteiust. pag. 303. not. 34. *Ev.* Otto Diss. de tutela feminarum perpetua. Cap. I. §. 15. und *Jo.* Wybo Tribonianus ab emblemat. *Wissenbachii* liberat. Cap. IV. §. 8. Wie übrigens die Curatel bey minderjährigen Frauenspersonen auf die Geschlechtsvormundschaft eingewirkt habe, zeigt von Savigny in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. 3. B. S. 347.

25) Haloander liest *pupillam vel* adultam, ohne alle Auctorität.

26) So liest Taurellius. Allein nicht alle Handschriften und Ausgaben stimmen hiermit überein. Unser Cod. Erlang. hat *nuptias* secuta fuerit. Eben so lesen *Claud.* Chevallonius, *Lud.* Miraeus, *Pet. ab* Area Baudoza Cestius, und *Guill.* Merlinus. Haloander behält zwar die gemeine Lesart *nuptiis* bey, liest aber: destinatave *testamento*, *nominatim* conditione nuptiis, secuta fuerit. Cujacius Observation. Lib. XVI. Cap. 33. meint, man könne allerdings *nuptias* lesen, aber besser sey es: *conditionem nuptiarum* secuta fuerit zu lesen. Dieser Lesart giebt auch *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Tit. IX. Princ. I. Illat. 11. pag. 347. Beyfall. Allein die meisten geben der erstern Lesart: *nuptias* secuta fuerit, den Vorzug, und machen nach conditione

Hierher gehören noch die bereits oben vorgekommenen *L.* 66. *D. h. t.* und *L.* 7. *D. ad Leg. Jul. de adult. coerc.* vorzüglich aber

ein Komma. So *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 497. *Jo.* VAN DE WATER Observat. iuris Rom. Lib. III. Cap. 5. pag. 274. und *Jo. Ortw.* WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XLV. §. 23. Die Taurellische Lesart ohne Emendation vertheidigen, dagegen *Ge. D'*ARNAUD Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 15. pag. 318. *Jo. Guil.* MARCKART Interpretation. receptar. iuris civ. Lectionum. Lib. II. Cap. 9. §. II. pag. 235. und *Jo.* JENSIUS ad Rom. iuris Pandectas et Codicem Stricturae (*Lug. Batav.* 1764. 4.) p. 172. jedoch auf verschiedene Art. D'Arnaud nimmt das Wort *conditio* in der gewöhnlichen Bedeutung, und bezieht die Worte secuta fuerit auf conditio, darauf bezieht er auch nominata. *Conditio secuta est* heiße aber hier soviel als conditio evenit, wie dieser Ausdruck auch von Javolen *L.* 67. *D. de condit. et demonstrat.* gebraucht worden sey. Der Sinn der Worte sey also folgender: wenn der Vater eine Bedingung im Testament genannt hätte, unter welcher seine Tochter den Vormund heyrathen solle, und diese erfolgt, oder erfüllet wäre. Die beyden übrigen aber nehmen das Wort *conditio* in der Bedeutung, wie dieses Wort vom Vater gebraucht wird, wenn er den Töchtern einen Mann zu verschaffen sucht. So sagt z. B. Marcian *L.* 19. *D. h. t.* vom Vater: *conditionem filiabus quaerit.* Eben so LIVIUS *Lib. III. cap.* 45. *in fin.* So sagte man ferner bey Heyrathen, *bona conditio est.* QUINCTILIAN *Declamat. CCLVII.* in fin. Wir sagen im Deutschen, es ist eine gute Parthie. In dieser Bedeutung sagt dagegen SENECA *de Beneficiis* Lib. I. cap. 9. *abominanda conditio est.* Mehrere Stellen führen *Jo. Frid.* GRONOVIUS Observation. Lib. I. cap. 6. pag. 48. (edit.

L. 6. Cod. de interd. matrim. inter pup. et tut. — Sane si hoc pater puellae, cum decederet, postu-

Platner. Lipsiae 1755. 8.) DRAKENBORCH ad *Livium III.* 45. und *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 13. in fin. an. Man sehe auch *Frid. Ern.* RUHKOPF ad *Senecam.* Vol. IV. pag. 25. Daher wird denn auch *conditio* für die Ehe selbst genommen, und von der Tochter gesagt; *sequitur conditionem*, i. e. sequitur *nuptias*, wenn sie in die Parthie, in die Ehe williget. So erklärt sich endlich auch die Redensart *nominare conditionem*, der Tochter ihren künftigen Mann bestimmen. Diese Erklärung verdient hier allerdings den Vorzug. Es unterscheidet sich jedoch Marckart von Jensen noch darin, daß erster bey den Worten *secuta fuerit*, eine Ellipse annimmt, und *eam* sc. conditionem dabey verstehen will. Alle Dunkelheit vertreiben jedoch auch hier wieder die BASILICA Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 4. Const. 18. pag. 243. Οὔτε ὁ ἐπίτροπος, οὔτε ὁ κουράτορ δυνάται, τὴν ἐπιτροπευθεῖσαν ποτὲ, ἢ τὴν κουρατωρενομένην πρὸς γαμον λαβεῖν. πλὴν εἰ μὴ ἄρα ταύτην αὐτῷ περιων ἐμνήστευσεν ὁ πατὴρ, ἢ καὶ ἄλλως ἀφώρισεν, ἢ κατὰ τὴν οἰκείαν διαθήκην ἐμνημόνευσεν, ὥστε τυχόν γαμηθῆναι ταύτην, τῷ Πέτρῳ, καὶ συνέβη τὸν Πέτρον ἐπίτροπον, ἢ κουράτωρα γενέσθαι τῆς κόρης, ᾧ τινι τὴν βούλησιν φυλάττουσα τοῦ πατρὸς συνηφθη πρὸς γάμον ἡ κόρη: id est. *Neque tutor, nec curator potest eam, cuius tutelam administravit, aut curam, uxorem ducere: nisi pater superstes eam ipsi despondit, aut etiam aliter destinavit, testamentove nominavit, puta ut Petro nuberet, et contigerit, ut Petrus tutor fieret, aut curator puellae, cui puella voluntatem patris secuta nupsit.* Man verbinde damit noch das Scholion s. pag. 301.

lavit, et nuptiae (sc. cum tutore) rite contractae, et filius videtur iure susceptus.

Geschieht es mit Einwilligung des Vaters der Mündel, so kann auch der Sohn des Vormundes die Mündel seines Vaters gültig heyrathen.

L. 69. §. 5. *D. de iure dot.* PAPINIANUS *libro IV. Responsor.* Nuptiis *ex voluntate patris puellae cum filio tutoris* iure contractis, dos pro modo facultatum et dignitate natalium recte per tutorem constitui potest.

L. 7. *Cod. de donat. inter vir. et uxor.* Imp. ALEXANDER. Si ex voluntate patris tui filio tutoris nupta es, collata in maritum donatio ipso iure irrita est. Sed si matrimonium iure non voluit, licet ipso iure donatio tenuerit: quia tamen indigna persona eius fuit, qui nec maritus potest dici: utiles actiones super revocandis his tibi competunt.

Hat der Vater die Wahl der Mutter überlaßen, an wen sie die ihnen gemeinschaftliche Tochter verheyrathen wolle; so darf sie doch den Vormund nicht wählen.

L. 62. *pr. D. h. t.* PAPINIANUS *eodem.* Quamquam in arbitrio matris pater esse voluerit, cui nuptum filia communis collocaretur, *frustra tamen ab ea tutor datus eligeretur:* neque enim intelligitur pater de persona tutoris cogitasse: cum ideo maxime matrem praetulit, ne filiae nuptias tutori committeret.

2) Wenn der Vormund die Erlaubniß, seine Mündel zu heyrathen, durch ein landesherrliches Rescript ausgewirkt

hat, welche Ausnahme in der oben angeführten *L. 7. Cod. de interd. matrim. inter pupill. et tutor.* erwähnet wird.

3) Wenn der Großvater die Vormundschaft über die Enkelin von seinem verstorbenen emancipirten Sohne führte, so kann er seine Mündel an den Enkel von einem andern Sohne gültig verheyrathen, weil hier die gleiche Zuneigung gegen die sich heyrathenden Enkel allen Verdacht einer Vervortheilung ausschließt.

L. 67. §. 1. D. h. t. TRYPHONINUS *libro IX. Disputationum.* De uno dubitari potest: si avus tutelam gessit neptis ex filio emancipato natae, an nepoti ex altero filio eam collocare possit, sive emancipato, sive manenti in potestate: *quia par affectionis causa suspicionem fraudis amovet* [27]). Sed etsi Senatusconsultum stricto iure contra omnes tutores nititur, attamen *summae affectionis avitae intuitu*, huiusmodi nuptiae concedendae sunt.

4) Wenn Jemand kein wahrer Vormund ist, sondern die Güter einer unmündigen Frauensperson nur unter dem angenommenen Namen eines Vormundes verwaltete, so

27) Der hier angeführte Grund scheint nicht am rechten Orte zu stehen. Die denselben enthaltenden Worte sollten sich eigentlich an die letzteren Worte: concedendae sunt, anschließen, wie auch *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 497. erinnert hat. Daß dergleichen Versetzungen der Worte in den Pandecten nicht ungewöhnlich sind, ist schon an einem andern Orte (Th. 23. § 1215. S. 411. Not. 87.) bey Gelegenheit der *L. 23. D. de adopt.* bemerkt worden. Noodt führt noch an einem andern Orte, de foenore et usuris. Lib. II. cap. 5. ein ähnliches Beyspiel aus *L. 10. §. 3. D. Mandati* an.

kann zwischen ihm oder seinem Sohne und der Mündel die Ehe Statt finden.

L. ult. Cod. de interd. matr. inter pup. et tut. Impp. LEO *et* ANTHEMIUS. Si quis tutoris vel curatoris nomine usurpato, id est, pro tutore seu curatore negotiorumve gestore res pupillae administraverit, eamque sibi filiove suo copulaverit: *tales nuptias stare, et non ad exemplum tutorum infirmari sancimus:* ne ex huiusmodi subtili, vel maligno tractatu matrimonia, seu proles ex his progenita, vel dos super his data, vel promissa, aliquam laesionem, vel calumniam patiantur.

Zwar kann auch ein solcher Nichtvormund mit der actio protutelae belangt werden [28]), allein nicht jede Verbindlichkeit zur Ablegung einer schuldigen Rechnung bewirkt ein Ehehinderniß, wenn diese Verbindlichkeit nicht aus einem wahren vormundschaftlichen Verhältniß entspringt. Nun sagen die Gesetze [29]) ausdrücklich, qui pro tutore negotia gessit, *tutor non est,* nec eadem huius, quae *tutoris* est rerum pupilli administratio. Daher kann der protutor auch noch vor dem Eintritt der Pubertät der Mündel belangt werden [30]). Man band sich aber hier, um das Eheverbot nicht selbst zum Nachtheil der Unmündigen zu weit auszudehnen, soviel möglich an die Worte, wie aus der angeführten *L. ult. Cod.* selbst

28) *L. 1. pr. D. de eo, qui pro tutore prove curat. negotia gessit.* S. Archiv für die civilist. Praxis von Gensler ꝛc. 1. B. Nr. XVIII.

29) *L. 1. §. 3. L. 2. D. eodem.*

30) *L. 1. §. 3. cit.*

erhellet. Cujaz[31]) führt noch einen andern Grund an, nämlich der protutor habe keine solche Gewalt über die Mündel, als ein wahrer Vormund. Allein daß man bey dem gesetzlichen Ehehinderniß auch die Gewalt des Vormunds über die Mündel berücksichtiget habe, ist sehr zweifelhaft. Zwar sagt Papinian *L. 63. D. h. t.* Praefectus cohortis, vel equitum, aut tribunus, contra interdictum, eius provinciae duxit uxorem, in qua officium gerebat: matrimonium non erit. Quae species *pupillae* comparanda est, *cum ratio potentatus nuptias prohibuerit.* Allein, daß hier die ratio potentatus nicht auf die Pupillin, sondern auf die foemina provincialis gehe, welche aus diesem Grunde in Absicht auf die Strafe der verbotenen Ehe gleiche Rechtsbegünstigung mit der Pupillin, die ihren Vormund geheyrathet hat, zu genießen haben solle, hat Pufendorf[32]) ganz deutlich dargethan.

5) Wenn die gewesene Mündel noch vor abgelegter Vormundschaftsrechnung starb, so kann deren hinterlassene Tochter den Sohn des gewesenen Vormundes ihrer Mutter gültig heyrathen. Der Grund ist, weil diese nicht als Mündel, sondern als Erbin ihrer Mutter, mithin nicht so, wie die Mündel selbst, begünstiget, gegen den gewesenen Vormund derselben auf Ablegung der Rechnung klagt, und dieser jetzt als ein bloßer Erbschaftsschuldner angesehen wird, ein bloßes Schuldverhältniß aber an sich noch kein Ehehinderniß wirkt.

31) Recitation. solemn. ad Tit. Libri V. Cod. de interd. matrim. Man sehe auch Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 20. nr. 10.

32) Cit. loc. §. 2.

L. 67. §. 5. *D. h. t.* TRYPHONINUS. Si puellae tutelam Titius administravit, vel curator negotia gessit, eaque, nondum recepta ratione, decessit, filia herede relicta; quaerenti, an eam filio suo posset Titius collocare in matrimonium [33]? dixi, posse: *quia ratio hereditaria esset, et sit simplex debitum: alioquin omnis debitor eam, cui obligatus esset ex aliqua ratione, prohibetur sibi filioque suo coniungere* [34]).

Uebrigens ist

6) die Ehe zwischen der Mutter der Mündel und dem Vormunde ihrer Tochter, auch zwischen der Mutter und dem Sohne des Vormundes; so wie die Ehe zwischen der Tochter des Curators und dem Pflegbefohlnen desselben erlaubt.

L. 2. *C. de interd. matrim.* Imp. ALEXANDER A. Mater pupillae cum tutore filiae suae, vel filio tutoris nuptias contrahere non prohibetur.

L. 5. *Cod. eodem.* Imp. PHILIPPUS A. et PHILIPPUS C. *Apuleio.* Curatorem adulto suo filiam suam nuptui collocare non posse, falso tibi persuasum est.

Eben dieses bestätiget auch Callistratus *L.* 64. §. 2. *D. h. t.* Tutor autem pupilli non prohibetur filiam

33) *Cod. Erlang.* Quaeritur, an eam possit Titius collocare filio suo in matrimonio.

34) S. *Scholia Basilicor.* Tom. IV. pag. 275. Sch. e. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 497. und PUFENDORF c. l. §. 4.

suam collocare pupillo suo in matrimonium [35]). Auch kann

7) der Adoptivsohn des Vormundes die Mündel seines Adoptivvaters ungehindert heyrathen, wenn ihn der Adoptivvater emancipirt. Bey dem leiblichen Sohne des Vormundes hebt die Emancipation das Hinderniß nicht auf, wenn ihn auch der Vater in eine vollkommene Adoption gegeben hätte.

L. 60. §. 6. *et* 7. *D. h. t.* Paulus *lib. sing. ad Orationem D. Antonini et Commodi.* Quid ergo si adoptivus filius tutoris duxerit pupillam illicite, posteaque emancipatus fuerit? credendum est, *de adoptivis emancipatis Senatum non sensisse:* quia post emancipationem in totum adoptivae familiae obliviscuntur [36]). — Naturales liberi, *licet in adoptionem dati fuerint,* Senatusconsulto continentur.

Endlich wird auch

8) die schon geschlossene Ehe durch das erst nachher eintretende Hinderniß der Vormundschaft nicht aufgehoben, sondern nur das Hinderniß muß aus dem Wege geräumt werden. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

a) Des Titius Sohn heyrathet das Mädchen, welches deine Pupillin war. Nachher adoptirst du den Titius, oder desselben Sohn. Hierdurch wird nicht die Ehe aufgehoben,

35) Man vergleiche Pufendorf c. I. §. 6.

36) *Obliviscuntur* bezieht sich unstreitig auf adoptivi emancipati. Das Wort *oblivisci* wird also hier nicht παθητικῶς gebraucht, wie einige Ausleger behaupten wollen, welche mit Recht Ducker Opusc. var. de Latinitate ICtor. veter. pag. 381. Not. 4. widerlegt.

sondern nur die Adoption ist nichtig, wenn du noch nicht Rechnung abgelegt hast. Dieß hat nun noch weniger Zweifel, wenn du noch jetzt die Curatel über diejenige führst, deren Mann du adoptirt hast.

L. 67. §. 3. *D h. t.* TRYPHONINUS. Sed videamus, si Titii filius duxerit uxorem eam, quae tua pupilla fuit, deinde Titium, vel filium eius adoptaveris, an perimantur nuptiae, ut in genere adoptato dictum est: an adoptio impediatur? *Quod magis dicendum est, et si curator, dum gerit curam, adoptaverit maritum eius puellae, cuius curator est* [37]: nam finita iam tutela, et nupta puella alii, vereor ne longum sit, adoptionem mariti eius impedire: *quasi propter hoc interponatur, ut ratio tutelae reddendae cohibeatur:* quam causam prohibitionis nuptiarum contrahendarum *oratio Divi Marci* continet.

Es schien zwar in dem ersten Falle, da die Tutel mit dem Eintritt der Ehemündigkeit bereits geendiget, auch die Mündel mit einem Andern verheyrathet war, als welchem das Senatusconsult die Ehe mit ihr verbietet, die Frage, ob die Adoption ihres Mannes dem gewesenen Vormunde

37) In mehreren ältern Ausgaben fängt nach den Worten dicendum est, eine neue Periode an, und das et ist weggelassen, dagegen aber sind nach curator est, die Worte ergänzt: *idem iuris est.* So lesen Haloander, Miräus, Baudoza und Merlinus. Allein, daß die Taurellische Leseart die richtigere sey, bestätiget der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. IV. pag. 274. der unsern Text ganz so in das Griechische übertragen hat, wie er nach Taurellius lautet.

gestattet sey, wenigerem Zweifel unterworfen zu seyn, als in dem andern, da der Curator, unter welchem die verheyrathete Pflegbefohlne noch steht, den Mann derselben adoptiren will. Allein auch in dem erstern Falle schien die Adoption eben sowohl, wie in dem andern, unzuläßig zu seyn, weil auch hier der Grund des gesetzlichen Verbots eintritt, welcher darin besteht, auf alle Weise zu verhüten, damit nicht die Ablegung der Vormundschaftsrechnung verhindert werde, und hierdurch die Untreue des Vormundes unentdeckt bleiben möge. Dieß könnte nun auch gar leicht durch eine solche Adoption geschehen. So hebt sich denn auch der Zweifel, den man dagegen erheben könnte, nämlich daß das Gesetz zwar die Ehe mit der Mündel, aber nicht die Adoption ihres Mannes, dem Vormunde verbiete. Es kann nun auch darauf nichts ankommen, ob die Tutel geendiget sey, oder nicht, so lange die Rechnung noch nicht abgelegt ist. So klar dieses an sich zu seyn scheint, so macht doch die Fassung der Worte, in welche hier Tryphonin seine Meinung eingekleidet hat, nicht wenig Schwierigkeit. Denn wenn er sagt: *vereor ne longum sit, adoptionem mariti eius impedire;* so scheinen diese Worte einen affirmativen Sinn zu verrathen. Und in diesem Sinne nimmt sie auch wirklich Gerh. Noodt [38]). Man vernehme seine Erklärung. TRYPHONINUS ait, *putare se,* longum esse, adoptionem mariti impedire, si puellae tutor, finita tutela, et puella alii nupta, velit eius maritum adoptare. Eben diesen Sinn legt auch Anton Faber [39]) dem vereor ne bey, und tadelt den Tribonian, daß er das Fragment des Tryphoninus

38) Observation. Lib. II. cap. 6. (*Oper.* Tom. I. pag. 325.)

39) Jurisprud. Papinian. Tit. IX. Princ. I. Illat. 11. pag. 345.

verfälscht habe. Tryphonin habe die Adoption für durchaus unstatthaft gehalten, und auch nach dem selbst angeführten Grunde des Senatusconsults für unstatthaft halten müssen. Allein Tribonian habe ihm die ganz unrichtige Meinung angedichtet, als ob die Adoption nur in dem Falle unstatthaft sey, da die Curatel noch fortdauert. Andere hingegen legen den Worten vereor ne einen negativen Sinn bey, wie Wilhelm Budäus[40]), welcher sie so erklärt: opinor, *non* esse longum, etc. Es ist dieses überhaupt in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten, welche in unsern Pandecten enthalten sind, eine sehr gewöhnliche Art sich auszudrücken, deren sie sich in zweifelhaften Fällen zu bedienen pflegen, und wodurch sie ihre Meinung mit einer ihnen eignen Bescheidenheit äußern, wovon Budäus mehrere Beyspiele, noch mehrere aber Franz Duarenus[41]) angeführt hat[42]). Sie ist aber auch bey Cicero[43]) nicht ungewöhnlich. Bey dieser zweifelhaften Art zu respondiren ist dann aus dem Zusammenhange zu beurtheilen, auf welche Seite sich die Meinung des Auctors hinneigt. Daher haben die

40) Annotation. prior. et posterior. in Pandectas h. t. ex L. In eo iure. §. ult. D. de ritu nuptiar. fol. 201. parte aversa. in fine. (*Lutetiae* 1556. f.)

41) Disputation. anniversar. Lib. II. cap. 11. Man vergleiche auch Hadrianus de Sermon. lat. v. *Negatio.* und *Jo. Gotfr.* Sammet receptar. Lectionum ad *Jauchium* Diss. I. Cap. XI. §. 2.

42) *L.* 45. §. *ult. D. h. t. L.* 9. §. 1. *D. de iure dot. L.* 59. §. 1. *D. eodem. L.* 20. §. 1. *D. de bonor. poss. contra tabb. L.* 1. §. 12. *D. de cloacis.*

43) Man sehe *Epistol. ad Atticum.* Lib. VI. Ep. 4. Lib. VII. Ep. 12.

Worte vereor ne bald einen affirmativen bald einen negativen Sinn [44]), und es ist oft schwer, den richtigen Sinn zu treffen [45]). Wir haben das Beyspiel hier vor Augen. Es fragt sich also, was will Tryphonin durch die Worte: *vereor, ne longum sit*, ausdrücken? Der Ausdruck *longum esse* wird hier verschiedentlich erklärt. Accursius erklärt des Wort *longum* durch a ratione remotum. Anton Faber [46]) hingegen verwirft diese Erklärung, und glaubt, es wolle soviel sagen, ne sit nimis longe petitum. Budäus [47]) sagt incom-

44) S. *Laur.* VALLA Elegantiar. Lib. III. cap. 27. SANCTIUS Minerva Lib. IV. cap. 15. *Jac.* PERIZONIUS ad *Eundem.* num. 29. *Jo. Gottl.* SCHWARTZ Animadversion. ad *Turselinum* de particulis voc. *Vereor* pag. 660. und CORTE ad *Plinium* Lib. I. Epist. 8.

45) Ein Beyspiel giebt die so sehr bestrittene *L.* 45. §. *ult. D. h. t.* in welcher dem vereor ne, womit Ulpian seine Meinung bescheiden äußert, von *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 11. §. 7. *B.* BRISSONIUS de iure connubior. pag. 42. *Jo. Gottl.* HEINECCIUS Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 12. pag. 248. sq. und *Jo.* JENSIUS Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 56 et 169. eine bejahende Bedeutung, von BUDAEUS c. l. hingegen, *Ger.* NOODT Observat. Lib. II. cap. 6. *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 10. pag. 71 sq. und *Franc.* RAMOS DEL MANZANO Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. XXVIII. n. 10. (*Th. Meerm.* Tom. V. pag. 492.) ein negativer Sinn beygelegt wird.

46) Loc. cit.

47) Loc. cit.

modum. Brisson[48]) führt zwar unter dem Worte *longus* unsere Gesetzstelle mit den Worten: *ne longum sit an*, erklärt aber die Bedeutung des Worts nicht. Franz Connanus[49]) scheint mir allein die richtige Bedeutung des Wortes getroffen zu haben, wenn er bey der Erklärung unsers Gesetzes sagt: *longum*, id est, *nec utile aut necessarium*: nam quidquid fit necessario et utiliter, nunquam nimis *longum* videtur, etiamsi sit longissimum. Er unterstützt diese Bedeutung durch eine Stelle aus Cicero[50]), und Joh. Calvinus[51]), der mir schon mehrmals besser gerathen hat, als Brisson, hat diese Bedeutung auch in sein Lexicon aufgenommen. Das Ganze wäre nun also auf folgende Art ins Reine zu bringen. Tryphonin wirft hier die Frage auf, wenn der Vormund, welcher noch nicht Rechnung abgelegt hat, den Ehemann seiner gewesenen Mündel, oder desselben Vater adoptirt, ob hierdurch eben so, wie durch die Adoption des Schwiegersohns[52]), die Ehe getrennt, oder nur die Adoption gehindert werde? Tryphonin entscheidet diese Frage in den Worten: *quod magis dicendum est.* Der Sinn derselben kann nun wohl, so wie die Frage gestellt ist, kein anderer seyn, als der, nach der richtigeren Meinung sey nur die Adoption für ungültig zu halten, die Ehe selbst

48) De Verbor. iur. iur. Significat. V. *Longus.*

49) Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. VIII. Cap. 6. fol. 618. *Lutetiae* 1553. f.)

50) *De natura Deorum.* Lib. I. cap. 12. Ich füge hinzu Tacitus *Histor. Lib. II. cap.* 2.

51) Lexic. iuridic. Voc. *Longum esse.*

52) S. den 23. Th. §. 1215. S. 405 ff.

aber deswegen nicht aufzuheben. So erklärt diese Worte auch Accursius. Er sagt: nihil iis esse falsius, qui tradunt, per subsequentem adoptionem dissolvendum esse coniugium. Das Gegentheil behauptet aber dennoch Connanus[53]). At ego nihil, sagt er, *Accursia* esse puto mendacius, et quod magis repugnet *Tryphonini* responso. Allein die Erklärung des Accursius bestärken auch die Basiliken[54]). Wenn nun Tryphonin hinzufügt: *et si curator* etc. so hat er seine Meinung keinesweges blos auf den Fall, der in diesen Worten enthalten ist, einschränken wollen, wie Anton Faber[55]) wähnt, (dem die gemeine Lesart *et si* keinen Sinn zu haben scheint, sondern vielmehr dafür *si* lesen will;) sondern Tryphonin setzt mit seiner Entscheidung noch einen andern Fall in Verbindung, wo das Hinderniß der Adoption vollends außer allen Zweifel ist, nämlich wenn der Curator, indem er noch die Curatel führt, den Mann des Mädchens adoptirt hat, deren Curator er ist. Tryphonin entscheidet also hier eigentlich zwey Fälle, wie theils die Worte *et si curator* etc. theils die folgenden Worte: *nam finita iam tutela* deutlich genug anzeigen. Denn jenes *et si* heißt hier soviel, als etiam si[56]). Die letzteren Worte sind es nun, wo das *vereor ne longum sit*, den Auslegern soviel Schwierigkeiten macht. Nach dem Zusammenhange scheint

53) Commentar. iur. civ. cit. loc. §. 618.

54) Tom. IV. pag. 246. S. den 23. Th. S. 405.

55) Jurispr. Papinian. pag. 346. in fin.

56) Dictio etsi pro etiamsi est ampliativa. S. Strauch Lexic. particular. iuris h. v.

es mir hier gewiß zu seyn, daß sie einen Zweifel ausdrücken sollen, den sich der Rechtsgelehrte in dem Falle macht, da die Tutel bereits durch die eingetretene Ehemündigkeit geendiget, und auch die gewesene Mündel an einen Andern verheyrathet ist, als dem das Gesetz die Ehe mit ihr verbietet. Zwar tritt hier immer noch der in der Oration des Divus Marcus enthaltene Grund des Eheverbots ein, weil auch die Adoption gar leicht gemißbraucht werden könnte, um die Ablegung der Vormundschaftsrechnung zu hintertreiben. Allein wollte man aus diesem Grunde die Adoption etwa so lang verbieten, bis der Vormund Rechnung abgelegt hat; so dürfte leicht ein solches Verbot seinen Zweck verfehlen. Wie wenn der gewesene Vormund mit dem Ehemanne seiner gewesenen Mündel, den er durch die Hoffnung der Adoption gewonnen hat, wegen der Vormundschaftsrechnung im Einverständniß wäre? Wie leicht kann auf solche Art jener gesetzliche Grund umgangen, und das Verbot der Adoption vereitelt werden? Diese Besorgniß fällt weg, wenn der Ehe wegen, die Adoption schlechterdings verboten wird. Dieß scheint mir der Ideengang des Tryphoninus, dieß scheint mir der Gedanke zu seyn, den der Rechtsgelehrte durch die Worte: *vereor, ne longum sit,* (i. e. ne frustraneum et inutile sit) *adoptionem mariti eius impedire* (i. e. prohibere) hat ausdrücken wollen, und in so weit hat auch der einzige Connanus [57]), nach meiner schwachen Einsicht, den Ausdruck *longum* am richtigsten erklärt. Die Richtigkeit dieser Erklärung, so wie die Richtigkeit der gemeinen von Anton Faber angefochtenen Lesart, werden aber die Scholien der Basi-

57) Commentar. iur. civ. cit. loc.

liken [58]) noch mehr bestätigen, welche bey dieser Stelle bis jetzt noch kein einziger Ausleger benutzt hat. Der griechische Scholiast stellt den Fall des Gesetzes, und die Entscheidung auf folgende Art dar. Ὁ Τιτίου παῖς τὴν ὑπὸ Πρίμου τινὸς ἐπιτροπευθεῖσαν ἠγάγετο γαμετήν. ἀλλὰ τοῦ γάμου προβάντος Πρίμος ὁ τῆς κόρης ἐπίτροπος ἔλαβεν εἰς θέσιν τὸν Τίτιον συνεφελκυσάμενον αὐτῷ δηλονότι τὸν παῖδα· ἢ καὶ μόνον τὸν τοῦ Τιτίου παῖδα τὸν καὶ τὴν ἐπιτροπευθεῖσαν ὑπ' αὐτοῦ λαβόντα γυναῖκα πρὸς γάμον· τὸ ζητούμενον, ἄρα διὰ τῆς τοιαύτης θέσεως λύεται τὸ πρὸς τὴν ἐπιτροπευθεῖσαν καὶ τὸν Τιτίου παῖδα συνοικέσιον ὥσπερ τοῦ γαμβροῦ υἱοθετουμένου λύεσθαι πέφυκεν. ἔγνωμεν γὰρ ὅτι ἡ προσγενομένη διὰ τῆς θέσεως ἀδελφότης λύει τὸν γάμον, καί ὁ τῆς νύμφης πατὴρ τὸν οἰκεῖον γαμβρὸν λαμβάνων εἰς θέσιν οὐκ ἐᾷ τὸν γάμον ἔτι συνίστασθαι. ἄρα οὖν διὰ τῆς εἰρημένης θέσεως ὁ πρὸς τὴν ἐπιτροπευθεῖσαν ὑπὸ τοῦ Πρίμου καὶ τὸν Τιτίου παῖδα λύεται γάμος, ἢ μήτι μᾶλλον ἡ θέσις ἐμποδίζεται διά τὸν γάμον; ὅπερ μᾶλλον προσήκει λέγειν, καὶ ἐαν ὁ κουράτωρ τὸν ἄνδρα τῆς ἔτι νῦν ὑπ' αὐτου' κουρατωρευομένης εἰς θέσιν λάβῃ. τῆς γὰρ ἐπιτροπῆς ἐπὶ τοῦ ά. θέματος περαιωθείσης, καὶ ἐξωτικῷ τινι καὶ οὐ τῷ ἐπιτρόπῳ, ἢ τοῖς ἐξ αὐτοῦ οἰκείοις συναφθείσης, δέδοικά φησιν ὁ Τρυφωνῖνος, μὴ οὐχ ἁρμόττειν λέγειν ἐμποδίζεσθαι τὴν θέσιν τὴν εἰς τὸν πάλαι τῆς κόρης ἐπίτροπον, καὶ τὸν ταύτης ἄνδρα γεγενημένον, ὡσανεὶ διὰ τοῦτο παρεντιθεμένης τῆς θέσεως, ἵνα ἡ τῆς ἐπιτροπῆς ἐμποδισθῇ λογοποιία.

58) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 4. Schol. d. ad const. 24. pag. 273 sq.

ταύτην τὴν αἰτίαν τῆς τῶν γάμων κωλύσεως, καὶ Μάρκου τοῦ θειοτάτου περιέχει διάταξις. αἰτίαν δὲ λέγω τὴν θέσιν, ἥ τις οὐκ ἐπιτέτραπται διὰ τὸν γάμον. διὰ δὲ τὴν θέσιν τοῦ κουράτωρος τὸν τῆς κουρατωρευομένης ἄνδρα λαβόντος εἰς θέσιν, πολλῷ πλέον ὀφείλομεν κωλύειν τὴν θέσιν. μάθε τὸν λογισμόν. εἰ γὰρ τῆς ἐπιτροπῆς ὡς εἴρηται περαιωθείσης, καὶ γαμηθείσης τῆς κόρης, κωλύομεν τόν ποτε ταύτης ἐπίτροπον λαμβάνειν εἰς θέσιν τόν συναφθέντα ταύτῃ πρὸς γάμον, καὶ ταῦτα μὴ πιθανοῦ πάνυ τοῦ τῆς κωλύσεως ὄντος λογισμοῦ, καθάπερ ὁ Τρυφωνῖνός φησιν, πῶς οὐ πολλῷ πλέον κουράτωρα καὶ ἔτι χειρίζοντα τὴν οὐσίαν προσήκει κωλύειν λαμβάνειν εἰς θέσιν τόν συναπτόμενον τῇ κόρῃ πρὸς γάμον. i. e. *Filius Titii uxorem duxerat, cuius Primus tutelam gesserat. Cum autem processisset matrimonium, Primus, tutor puellae, Titium in adoptionem accepit, secum scilicet trahentem filium, qui eam duxerat, cuius ipse tutelam gesserat. Quaeritur ergo, an per hanc adoptionem dissolvatur matrimonium, quod inter eam, cuius ipse tutelam gesserat, et ipsius filium contractum fuit, sicut dissolvitur, cum gener adoptatur. Didicimus enim, fraternitatem, per adoptionem quaesitam, matrimonium dirimere: et pater, generum suum adoptans, non patitur durare matrimonium. Numquid ergo propter praedictam adoptionem solvitur matrimonium, quod fuit inter eam, cuius Primus tutelam gesserat, et Titii filium, an potius impeditur adoptio propter matrimonium? Quod magis dicendum est, et si curator maritum eius, cuius etiamnum ab eo cura geritur, adoptaverit. Nam priore casu finita tutela, et extra-*

neo, non autem tutori, qui eius adfinibus nupta puella, vereor, inquit TRYPHONINUS, *ne incongruum sit dicere, impediri adoptionem olim tutoris puellae, et mariti eius, quasi propter hoc interponatur adoptio, ut impediatur ratio reddendae tutelae. Hanc causam prohibitionis nuptiarum Divi quoque Marci constitutio continet. Causam autem dico adoptionem, quae propter matrimonium permissa non fuit. Propter adoptionem autem curatoris, qui maritum eius, cuius curam gerit, adoptavit, multo magis adoptio prohibenda est. Disce rationem. Nam si finita, ut dictum est, tutela, et nupta puella, non patimur, ut qui aliquando tutor eius fuit, maritum eius adoptet, idque cum non sit valde probabilis ratio prohibitionis, ut dicit* TRYPHONINUS, *quomodo non multo magis curatorem, et qui bona adhuc administrat, convenit prohibere, ne adoptet eum, qui puellae matrimonio coniunctus est?*

b) Wenn nach schon geschlossener Ehe der Ehemann in seiner Abwesenheit und ohne sein Wissen zum Curator seiner Frau bestellt worden ist. Hier muß nur um die Bestellung eines andern Curators nachgesucht werden.

L. 4. C. de excusat. Imp. ANTONINUS. Amplissimi ordinis consulto, qui pupillam suam uxorem ducit, nuptias contrahere non intelligitur, et tamen infamis constituitur. Sed si tu Demetriae, cum eam in matrimonio haberes, absens et ignorans curator constitutus es: potes esse securus, *dum tamen alius substituatur.* Non enim debet

ignorantia maritorum, amplissimi ordinis consulto fraus quaeri (ann. 206.) [59]).

L. 2. Cod. Qui dari tutores vel curator. poss. Imp. ALEXANDER. Maritus, etsi rebus uxoris suae debet affectionem, tamen curator ei creari non potest (225.) [60]).

c) Auch derjenige, welcher zum Curator seiner Schwiegertochter, nach schon geschlossener Ehe, bestellt worden ist, muß sich entschuldigen, und um einen andern Curator bitten, wenn er nicht in die gesetzliche Strafe verfallen will. Zwar ist dieser Fall so wenig, als der vorhergehende, in den Worten des Senatusconsults enthalten. Allein da das Gesetz die Ehe zwischen dem Sohne des Vormundes, und der Mündel seines Vaters verbietet; so liegt auch das Verbot, daß weder der Ehemann Curator seiner Frau, noch der Schwiegervater Curator seiner Schwiegertochter seyn darf, in dem Geist desselben [61]).

L. 3. Cod. de interd. matrimon. inter pupillam et tutor. Imp. ALEXANDER. Cum proponas ei, quam matrimonio tuo iunctam suggeris, post liberos susceptos *curatorem patrem tuum datum*, quem contendis nec te in potestate habuisse: *cum rite contractum matrimonium ex post facto vitiari non potuerit*, iustam interpretationem metuere non debes: ne liberi, quos habetis, non ex iusto matrimonio suscepti videantur. Ut autem omnis scru-

59) S. RELANDI fasti consular. pag. 109.

60) RELAND. pag. 153.

61) S. *Ge.* D'ARNAUD Variar. Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 17. pag. 324. sq.

pulus auferatur, *insistere pater tuus debet, nec non et uxor tua, ut alius loco eius detur:* habebit enim facultatem repetendae rationis negotiorum gestorum ab eo, qui fuerit substitutus.

L. 17. *Cod. de excusationib. tutorum et curatorum.* Impp. GALLIENUS et VALERIANUS AA. Licet orationis sub *Divo Marco* habitae verba deficiant, is tamen, qui post contractas nuptias *nurui suae* curator datur, *excusare se debet,* ne manifestam sententiam eius offendat, et labem pudoris contrahat. (ann. Chr. 265.) [62]).

Endlich ist noch zu bemerken, daß auch sogar der curator ventris et bonorum defuncti unter dem gesetzlichen Verbote begriffen ist, weil er Rechnung abzulegen schuldig ist.

L. 67. §. 4. *D. h. t.* TRYPHONINUS. Et si quis curator ventri bonisque datus sit, prohibitionem eiusdem Senatusconsulti inducit: nam et hic debet rationem reddere. Nec spatium administrationis movere nos debet, quia nec in tutore, nec curatore discrimen maioris aut minoris temporis, quo in huiusmodi munere quis fuerit, habitum *est* [63]).

Der griechische Scholiast erläutert diese Stelle auf folgende Art [64]). Es starb Jemand, und hinterließ eine

62) S. RELANDI fasti consular. pag. 231.

63) Die Taurellische Ausgabe liest zwar esse, und eben so Cod. Erl. allein die hier angenommene Lesart haben Hal. Chevallon, Miräus, Baudoza und Merlin.

64) *Basilica* Tom. IV. pag. 298. Sch. k.

Schwester und eine Wittwe. Die letztere behauptete nach dem Tode ihres Mannes, sie befinde sich schwanger, und erhielt die bonorum possessio ventris nomine. Zugleich wird ein Curator bestellt, sowohl für den venter, als für die Güter. Nachher zeigte sich's, daß sie in einem Irrthume sich befunden habe. Ohne Zweifel war nun die Schwester des Verstorbenen seine alleinige Erbin. Nun endigte sich auch die deshalb bestellte Curatel. Hier kann der gewesene Curator, so lang er noch nicht Rechnung abgelegt hat, die Schwester des Verstorbenen nicht heyrathen, (οὗτος τοίνυν ὁ πάλαι κουράτωρ, μήπω τοὺς τῆς κουρατίονος παρασχόμενος λόγους, οὐ δύναται λαμβάνειν πρὸς γάμον τὴν τοῦ τελευτήσαντος ἀδελφήν). Es wird nun auch der nämliche Grund angeführt, weil auch dieser Curator ohne Zweifel Rechnung ablegen müße. Daher dürfe er auch die Schwester des Verstorbenen nicht heyrathen, κωλύσθω τοίνυν καὶ οὕτως τῶν πρὸς τὴν ἀδελφὴν τοῦ τελευτήσαντος γάμων. Daß die Curatel nur sehr kurze Zeit und kaum neun Monate gedauert hat, kann nicht in Betrachtung kommen. Denn auf die Zeit, wie lange der Vormund sein Amt verwaltet hat, kommt nichts an, und auch das Senatusconsult, welches die Ehe des Vormundes mit derjenigen verbietet, deren Curatel er geführt hat, hat darauf keine Rücksicht genommen.

Das canonische Recht gedenkt zwar dieses Ehehindernisses nicht; es läßt sich aber aus diesem Stillschweigen noch keine Aufhebung des römischen Rechts folgern, wie die ältern Canonisten, denen auch Johann Sichard [65])

65) Praelect. in Codicem Lib. V. Tit. 6. nr. 10. pag. 1539. (*Basiliae* 1565. f.)

beystimmt, diesen Fehlschluß gemacht haben, weil die Aufhebung eines Gesetzes im Zweifel nicht vermuthet wird. Es findet vielmehr hier Anwendung, was Justinian [66]) bey einer andern Gelegenheit sagt, quod non mutatur; quare stare prohibetur? Das Stillschweigen des canonischen Rechts läßt sich vielleicht daraus erklären, daß die Päbste nur vorzüglich solche Ehehinderniße zum Gegenstande ihrer Gesetzgebung gemacht haben, wobey das ewige Heil der Seele in Gefahr kommt, welches dieselben durch ihre Eheverbote zu sichern sich bemühten. Allein hier gilt es einem Ehehinderniße, das blos die Erhaltung des Vermögens bezweckt; solche Ehehinderniße überließen sie der bürgerlichen Gesetzgebung [67]).

Aber über die heutige Anwendbarkeit des römischen Eheverbots ist man im Zweifel. Mehrere heutige Rechtsgelehrten [68]) wollen sie aus den Grunde bezweifeln, weil nach deutschen Rechten die Vormünder alle Jahr Rechnung ablegen müßten, und überhaupt in Absicht auf die Verwaltung unter einer strengern Aufsicht gehalten würden. Der Grund der Besorgniß, worauf das Römische Eheverbot beruht, falle also nun weg, weil eine Vervortheilung der Mündel jetzt nicht mehr so leicht möglich sey. Allein wenn

66) *L. 27. C. de testam.*

67) S. Müller ad *Struvium* Tom. II. Exerc. XXIX. Th. 29. not. η. Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 20. nr. 11. pag. 588. Westenberg Div. Marcus Diss. XLV. §. 32. und Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 7. pag. 140.

68) Westenberg c. l. §. 33. Pufendorf c. l. §. 8. sqq. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 126. Schott Einleit. in das Eherecht. §. 103.

gleich die Strafe der Infamie heutzutage nicht mehr erkannt wird, worin alle einverstanden sind [69]), so ist doch die Disposition des Gesetzes selbst nicht aufgehoben [70]). Es ist vielmehr das Verbot des Römischen Rechts in mehreren deutschen Gesetzgebungen bestätiget [71]). Jedoch wird deswegen die Ehe selbst in der Regel nicht mehr getrennt, sondern der Vormund blos zur Ablegung der Rechnung angehalten [72]). Um die Mündel heyrathen zu können, hält man auch schon die Ablegung der Rechnung für hinreichend, wenn auch gleich die Restitutionsfrist noch nicht verstrichen ist [73]). Eben so wird die Ehe in dem Falle für erlaubt gehalten, wenn der Mitvormund, oder die Obrigkeit darin williget [74]).

§. 1217.

Eheband, ein vernichtendes Ehehinderniß. Polygamie. Folgen einer zweyten Ehe.

Zu den schlechterdings vernichtenden Ehehindernißen, welche unter keiner Voraussetzung durch Dispensation er-

69) S. Stryk Us. mod. Pandectar. h. t. §. 10.

70) Carpzov Jurispr. for. P. IV. Const. XX. Definit. 17. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 369. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 397.

71) Beyspiele führen Stryk c. l. und Pufendorf c. l. §. 10. sq. an. Zum Beyspiel kann auch das Preuß. Landrecht 2. Th. 1. Tit. 1. Abschn. §. 14. dienen.

72) Gerhard de conjugio. §. 376. und Pufendorf c. l. §. 13. Schott Eherecht. §. 103.

73) Lauterbach Colleg. theor. pract. Pandect. P. II. h. t. §. 74.

74) S. Pufendorf c. l. §. 12.

lassen werden können, gehört noch vorzüglich das Eheband, welches *impedimentum ligaminis* genennt zu werden pflegt. Wer nämlich noch zur Zeit in einer gültigen Ehe lebt, kann, so lange keine rechtmäßige Trennung derselben erfolgt ist, keine neue eheliche Verbindung mit einer andern Person eingehen. Geschieht es dennoch, so ist eine solche mehrfache gleichzeitige Ehe (*polygamia simultanea*) wenn sie wißentlich eingegangen wird, ein Verbrechen, (Bigamie) [75]) geschieht es aus Unwißenheit, so muß sie sofort getrennt werden, wenn auch Kinder in derselben wären erzeugt worden. Nur die Alleinehe (Monogamie) haben alle gesittete europäische Staaten, als die für ihre Maximen, Clima, und Verfaßung passendste Form der menschlichen Geschlechtsverbindung anerkannt, und zur allein gesetzlichen erhoben. Nur diese allein ist auch den Grundsätzen des Christenthums gemäß [76]). Die Gründe näher zu entwickeln, warum die Monogamie, politisch und moralisch betrachtet, den Vorzug vor der Polygamie habe, ist hier der Ort nicht, und ist auch schon von andern zur Genüge geschehen [77]). Es ist hinreichend zu bemerken,

75) *L.* 18. *Cod. ad Leg. Jul. de adulter.* Peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 121.

76) Matthäus. Kap. 19. Marcus. Kap. 10. I. Brief Paul. an den Thimotheus. Kap. 3. v. 2. u. 12.

77) Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 5. *Siegm. Jac.* Baumgarten Diss. de polygamia simultanea illegitima. *Halae* 1739. 4. Pufendorf de iure natur. et gentium. Lib. VI. Cap. I. §. 27. La monogamie, ou l'unité dans le mariage par Mr. de Premontval. *a la Haye* 1751. auch deutsch von Aug. von Windheim. Nürnberg 1753. Montesquieu Esprit des Loix. Tom. II. Liv. XVI. *Jo. Dav.* Michaelis paralipom.

daß die in Deutschland geltenden Gesetze die Poligamie durchaus verbieten.

§. 7. *I h. t.* Eadem *duobus* nupta esse non potest; et *duas uxores* eodem tempore habere non licet.

L. 2. *Cod. de incest. nupt.* Impp. Dioclet. et Maxim. AA. Neminem, qui sub ditione sit Romani nominis, *binas uxores habere posse*, vulgo patet: cum etiam in Edicto Praetoris huiusmodi viri infamia notati sint. Quam rem competens iudex inultam esse non patietur.

L. 7. *C. de Judaeis.* Impp. Theodos. Arcad. et Honorius. *Infantio Comiti Orientis.* Nemo Iudaeorum morem suum in coniunctionibus retineat, nec iuxta legem suam nuptias sortiatur, *nec in diversa sub uno tempore coniugia conveniat.*

Das canonische Recht, welches die Ehe zum Sacrament erhoben hat, wodurch die Verbindung Christi mit der Kirche vorgebildet werde, fand hierin einen neuen Grund, die Polygamie, als dem Christenthume entgegen,

contra polygamiam. *Gött.* 1757. (*in Syntag. Commentation.* Tom. II. Nr. 5.) Desselben Mosaisches Recht. 2. Th. §. 94—97. Reyberger Instit. ethicae christ. §. 271. Kant metaphysch. Anfangsgründe der Rechtslehre. §. 26. Gros Lehrbuch der philosoph. Rechtswissenschaft, oder des Naturrechts. §. 268. Anmerk. (3. Aufl. Tübing. 1815.) Hume Essays Vol. I. pag. 196. Hugo Lehrbuch des Naturrechts. §. 181. (2. Versuch. Berlin 1799.) Schott Eherecht. §. 98. Berardus iur. eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 5. pag. 114—121.

zu verbieten. Zwar entschuldiget Augustin bey Gratian *can.* 7. *Caus.* XXXII. *Qu.* 4. die Patriarchen des alten Testaments mit den Sitten ihres Zeitalters, und daß sie nicht concupiscentia percipiendae voluptatis, sondern providentia propagandae successionis mehrere Weiber zugleich gehabt hätten; und Ambrosius *can.* 3. *eiusd. Caus. et Quaest.* fügt hinzu, es sey damals kein Gesetz vorhanden gewesen, welches die Polygamie verboten, oder für einen Ehebruch erklärt habe. Nec ante legem ulla rei damnatio est, sed ex lege. Allein der Pabst Innocenz *III. cap.* 8. X. *de divortiis* sucht dagegen aus der Schrift zu beweisen, daß die Polygamie nicht nur dem Christenthume, sondern auch der göttlichen Einsetzung des Ehestandes zuwider sey, cum ab initio una costa in unam feminam sit conversa, et scriptura divina testetur, quod propter hoc relinquet homo patrem et matrem, et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una: non dixit tres vel quatuor, sed duo, nec dixit, adhaerebit uxoribus, sed uxori. Unde — sine dubitatione qualibet protestamur, *quod nulli unquam licuit insimul plures uxores habere, nisi cui fuit divina revelatione concessum.* — Sane veridica haec sententia probatur etiam de testimonio veritatis, testantis in Evangelio: *Quicunque dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, moechatur.* Si ergo, uxore dimissa, duci alia de iure non potest; *fortius et ipsa retenta:* per quod evidenter apparet, pluralitatem in utroque sexu, cum non ad imparia iudicentur, circa matrimonia reprobandam.

Wer also in einer rechtmäßigen Ehe lebte, kann nicht eher eine zweyte Ehe eingehen, als wenn die erste gänzlich

und auf eine gesetzmäßige Art getrennt worden ist. Er muß demnach, sofern die erfolgte Trennung nicht notorisch ist, durch rechtlich überzeugende Beweise darthun, daß die vorige Ehe entweder durch den Tod des Gatten erloschen, oder sonst aus rechtmäßigen Gründen gänzlich aufgelößt worden sey [78]).

Cap. 2. *X. de secund. nupt.* Lucius III. *universis Christianis in captivitate Sarracenorum positis.* Dominus ac redemptor noster: [*et infra*] Sane super matrimoniis, quae quidam ex vobis, nondum habita obeuntis coniugis certitudine, contraxerunt, id vobis auctoritate apost. respondemus, ut nullus amodo ad secundas nuptias migrare praesumat, donec ei firma certitudine constet, quod ab hac vita migraverit coniux eius. Si vero aliquis vel aliqua id hactenus non servavit, et de morte prioris coniugis adhuc sibi existimat dubitandum; ei, quae sibi nupsit, debitum non deneget postulanti: quod a se tamen noverit nullatenus exigendum. *Quodsi post hoc de prioris coniugis vita constiterit: relictis adulterinis complexibus, ad priorem coniugem sine dubio revertatur.*

Bey den Frauen der Soldaten, wenn deren Männer in feindliche Gefangenschaft gerathen waren, und von deren Leben oder Tode keine Nachricht zu erhalten war, konnte zwar die Frau nach dem ältern römischen Rechte [79]) zur

78) Brouwer c. l. nr. 29. pag. 413.

79) *L. 6. D. de divort. et repud.* aus Juliani *libro LXII. Digestor.* Et generaliter definiendum est, donec certum est, maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum ad aliud migrare

andern Ehe schreiten, wenn seit der Gefangenschaft fünf Jahre verstrichen waren, weil man nun annahm, die

matrimonium: nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare. Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur, vel morte praeventus, *tunc si quinquennium a tempore captivitatis excesserit*, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias, *ita ut bona gratia dissolutam videatur pristinum matrimonium*, et unusquisque ius suum habeat imminutum. Eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando. Fast alle Ausleger halten jedoch dieses Fragment für interpolirt. S. Cusacius Exposit. ad Nov. XXII. cap. 7. Wissenbach Emblem. Triboniani Cap. IV. ad h. L. pag. 63. sqq. edit *Heineço.* Brencmann Disp. de Legum inscriptionibus. §. 25. (in Wieling *Iurisprud. restit.* T. II. pag. 171.) *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Lib. VI. Cap. 10. nr. 8. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 297.) *Franc.* Ramos del Manzano Commentar. ad LL. Jul. et Pap. Lib. IV. Reliquat. XXVIII. n. 11. (in *Thes Meerm.* Tom. V. pag. 492. sq.) u. a. m. Was es mit dieser Interpolation für eine Bewandtniß habe, hat *Abrah.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 13. näher untersucht. *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. VII. cap. 9. pag. 215. hat jedoch dagegen erinnert, daß Tribonian wohl zu der Zeit, da die Pandecten verfertiget wurden, ohne prophetischen Geist nicht habe wissen können, was Justinian *Nov. XXII. cap.* 7. verordnen werde. Ja *Jo.* Wybo in Diss. de Triboniano ab emblematibus Wissenbachii liberato. Cap. IV. §. 13. pag. 299. sqq. (edit. *Heinecc.*) bemerkt, daß auch nicht nur Paulus *L.* 8. *D. de captiv. et postlim. revers.* eines constituti temporis gedenkt, nach dessen Ablauf die Frau sich wieder verheyrathen konnte, sondern daß auch Justinian

Ehe sey bona gratia aufgehoben, wenn auch der Mann noch leben sollte. Eben dieses Recht hatte aber auch der Mann, wenn die Frau in Gefangenschaft gerieth. Nach einer Verordnung des Kaisers Constantin des Großen [80]) sollte sogar die Frau, ohne Gefahr ihr Heyrathsgut zu verlieren, zur andern Ehe schreiten dürfen, wenn sie in vier Jahren nichts von ihrem Manne gehört, und ihre neue Ehe dem dux angezeigt hätte. Allein Justinian, welcher dieses vierjährige Stillschweigen anfangs in einen Zeitverlauf von zehen Jahren verwandelt hatte [81]),

selbst sich in der *Nov. XXII. Cap.* 7. auf die alten Rechtsgelehrten berufen habe. *Nam et hoc*, sagt daselbst Justinian, *inter dissolutiones bona gratia a maioribus nostris* (παρὰ τῶν πρὸ ἡμῶν) *numeratum est, et nos quoque in id consentimus.* Indessen ist noch immer der Fall möglich, daß Justinian schon vor der Novelle 22. eine frühere Constitution gegeben habe, die in dem alten Codex gestanden, aber verloren gegangen ist, wie sich fast aus der Präfation der Nov. 22. schließen läßt. Man sehe noch vorzüglich *Car. Frid.* Walch ad *Eckhardi* Hermeneut. iuris Lib. I. Cap. VI. §. 236. auch Carl Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 159. f.

80) *L.* 7. *Cod. de repudiis.* Uxor, quae in militiam profecto marito, *post interventum annorum quatuor*, nullum sospitatis eius potuit habere indicium, atque ideo de nuptiis aliis cogitavit, nec tamen ante nupsit, *quam libello ducem super hoc suo voto convenit*; non videtur nuptias iniisse furtivas, nec dotis amissionem sustinere, nec capitali poenae esse obnoxia, quae post tam magni temporis iugitatem non temere, nec clanculo, sed publice contestatione deposita nupsisse firmatur.

81) *Nov. XXII. cap.* 14.

verordnete nachher in der Novelle 117. Kap. 11. daß eine Frau, deren Mann zu Felde gezogen ist, wenn er auch noch so lange ausbleibt, und die Frau während seiner Abwesenheit weder Briefe noch Antwort von ihm erhalten hat, dennoch mit ihrer anderweiten Verheyrathung so lange warten solle, bis sie von seinem Tode Nachricht erhalten hat; und auch dann soll sie eher nicht zur neuen Ehe schreiten, als wenn sie sich zuvor entweder selbst oder durch einen Bevollmächtigten an die competente Kriegskanzley, oder an den Obersten des Regiments, unter welchem der Mann gestanden war, gewendet, und von dieser Behörde die eidlich bekräftigte Versicherung, daß der Mann in Wahrheit gestorben sey, nebst dem Todtenschein, erhalten hat. Hat sie nun auch alles dieses beobachtet, so soll sie doch noch ein Jahr warten, und erst nach dessen Ablauf soll sie die neue Ehe schließen dürfen. Die hieher gehörigen Worte der Novelle 117. Kap. 11. lauten nach der Hombergkischen Version folgendermassen. Quod autem a nobis de iis sancitum est, qui in expeditione, et in militias allecti sunt, (sive milites sint, sive foederati [82]), sive scholares [83]), sive alii quicunque

82) Die Römer unterschieden zwischen milites und foederati. Nur die römischen Soldaten hießen *milites*, hingegen Soldaten aus den verschiedenen Völkern, mit denen die Römern in Bündniß standen, und die ihre Hülfstruppen waren, nannte man *foederati*. So werden die Hunnen, Alanen, Scythen, Gothen, Sarracenen *foederati* genennt. S. *Jac.* GOTHOFREDUS Commentar. ad L. 16. Cod. Theod. de Tironibus. Tom. II. Cod. Theodos. pag. 391. edit. *Ritter*. S. auch *F.* PITHOEI Glossar. obscuror. verbor. Juliani voc *Foederati*. adj. *Hombergk*. versioni lat. Novellar. *Ant.* AUGUSTINUS

in aliam quamcunque armatam militiam delecti) melius ordinare placuit. Et iubemus, ut quotcunque etiam annos in expeditione maneant, uxores eorum exspectent, etsi nec literas, nec responsum quoddam a maritis suis accipiant. Si quae vero eiusmodi mulierum virum suum mortuum esse audiverit, ne tum quidem alias nuptias eam contrahere permittimus, nisi prius mulier, vel ipsa, vel per parentes suos, vel per aliam quamcunque personam, Priores numeri et chartularios [84]),

verbor. quorund. Juliani interpretat. h. voc. sagt jedoch *Foederati* sunt genus militum, non a foederatis populis, sed a foedere, quo ab aliis distinguebantur.

83) *Scholares* hießen diejenigen, welche zu einer schola gehörten, worunter man ein collegium militum verstand, welches seinen Vorgesetzten hatte, die man *capita scholarum*, oder *scholae primicerii* nannte. Im Orient gab es acht, in Occident sechs Scholae, welche unter dem magister officiorum standen. S. *Ant.* Augustinus cit. Interpret. voc *Schola.* und *Jac.* Gutherius de officiis domus augustae. Lib. II. cap. 14. Agathias Lib. V. pag. 111. Tom. III. Scriptor. rer. Bizant. *edit. venet.* sagt, die Scholares hätten mehr zur Leibwache des Kaisers, und Parade bey Hofe, als im Kriege gedient, und wären daher prächtig gekleidet gewesen, φαιδροείμωνες). S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 22. Cod. Theod. de erogat. militar. annonae (Tom. II. *Cod. Theodos.* pag. 314.) und *Sam.* Pitisci Lex. antiquitat. Rom. Tom. III. voc. *Scholares.* pag. 350.

84) *Chartularii* sagt *Ant.* Augustinus cit. Interpretat. verbor. h. v. a chartis sive instrumentis dictus, variisque in rebus et scriniis curam agebat. *Nov. LXXXV.*

in quo maritus eius militavit, adierit, eosque, (sive tribunum, si adest), interrogaverit, num revera maritus eius mortuus sit: ut illi sanctis Evangeliis propositis apud acta deponant, virum revera mortuum esse. Et haec ubi fecit, atque in testimonium suum mulier acta accepit, etiam postea per unius anni spatium eam exspectare iubemus, ut post eius lapsum legitimum illi matrimonium contrahere liceat. Si contra hanc observationem mulier secundum matrimonium contrahere audeat, et ipsa, et qui eam duxit, tanquam adulteri puniantur. — Si scholaris sit is, de cuius morte dubitatio est, a primis scholae, et actuario: sin foederatus, ab optione eius dictum testimonium uxor accipiat.

Diese Vorsicht des Kaisers **Justinian** hat auch der Pabst **Clemens** III. bestätiget, welcher *cap.* 19. X. *de sponsalib.* an den Bischof zu **Saragossa** im Jahr 1188. auf folgende Art rescribirt: In praesentia nostra quaesivisti, quid agendum sit de mulieribus, quae viros suos, causa captivitatis, vel peregrinationis absentes, iam ultra septennium praestolatae fuerint, nec certificari possunt de vita vel de morte ipso-

cap. 2. *et* 4. in scrinio fabricae armorum. *Nov. CXVII.* *c.* 9. in militia. *Nov. CXX.* *c.* 1. 2. 4. in ecclesia. *L.* 25. *C. de SS. eccles.* Es gab daher verschiedene Arten von Chartularii. S. GUTHERIUS de officiis domus august. c. l. pag. 338 sqq. Hier heißen *Chartularii* wohl diejenigen Behörden, welche die Register und Listen über die Soldaten führten, und die Namen der Verstorbenen darin tilgten, und eigene Todten-Listen hielten. S. BROUWER c. l. pag. 413.

rum, licet super hoc sollicitudinem adhibuerint diligentem: et pro iuvenili aetate, seu fragilitate carnis, nequeunt continere, petentes aliis matrimonio copulari. (Cum autem dicat Apostolus: *mulier tam diu alligata est viro, quam diu vir eius vivit;*) consultationi tuae taliter respondemus, quod, quantocunque annorum numero ita remaneant, viventibus viris suis non possunt ad aliorum consortium canonice convolare: nec tu eas auctoritate ecclesiae permittas contrahere, *donec certum nuntium recipiant de morte virorum* [85]).

Ist nun also eine bisher bestandene Ehe ohne allen Zweifel getrennt, so ist die Schließung einer neuen Ehe erlaubt, wenn diese auch die dritte, oder vierte, oder auch noch öfters wiederholte seyn sollte. Denn man nennt jede neue Ehe, welche nach einer vorhergehenden gültigen und rechtmäßig aufgehobenen Ehe geschlossen worden ist, ohne Rücksicht auf die Zahl derselben, *secundae nuptiae* [86]). Eine solche zweyte und öfters wiederholte Ehe erlaubt nicht nur das römische [87]), sondern auch das canonische Recht. Letzteres nennt sie jedoch Bigamie, daher der Unterschied zwischen bigamia simultanea und successiva entstan-

85) Aus diesem Text ist *Can.* 1. *Caus.* XXXIV. *Qu.* 1. zu ergänzen. S. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. VII. Quaest. 2. pag. 198.

86) *Scip.* Gentilis de secundis nuptiis, ist, mit dem Tr. de bonis maternis verbunden, *Hanoviae* 1606. 8. erschienen. Auch *Just. Henn.* Boehmer Diss. de secundis nuptiis praecipue illustrium personar. *Halae* 1723. *rec.* 1761.

87) *L.* 6. *C. de secund. nupt.* *L.* 4. *C. de bonis, quae liber.* *Nov.* XXII. *cap.* 22. *sqq.*

den ist [88]. Folgende Stellen aus dem canonischen Rechte sind hier merkwürdig:

Can. 11. *Caus.* XXXI. *Qu.* 1. HIERONYMUS *in apologetico adversus Jovinianum.* Aperiant, quaeso aures obtrectatores, et videant, me *secundas* et *tertias* nuptias concessisse in Domino. Qui secundas et tertias non damnavi, primum potui damnare matrimonium? *Idem ibidem.* §. 1. Non damno *bigamos*, imo nec *trigamos*, et si dici potest, *octogamos. Idem ibidem.* §. 2. Ego etiam nunc libera voce proclamo, non damnari in ecclesia *bigamiam*. imo nec *trigamiam*, *et ita licere quinto, et sexto, et ultra, quomodo et secundo marito, nubere.*

Can. 12. *ibid.* AUGUSTINUS *lib.* II. *contra adversarium legum et prophetarum cap.* 11. Deus masculum et foeminam propagandi generis causa nuptiali castitate coniunxit, et *secundas nuptias*, quae in utroque testamento permittuntur, licitas esse monstravit:

Can. 1. *C.* XXXII. *Qu.* 4. IDEM *eod. lib. cap.* 9. Iste (sc. adversarius) Abrahae etiam usque ad decrepitam senectutem fornicationis obiicit crimen, profecto quia et post mortem Sarae alteram duxit. Ubi etsi nullum intelligeretur rei abditae sacramentum, propter hoc solum id facere debuit Abraham, ne putarent haeretici adversus Apostolum (quibus etiam *Tertullianus* adstipulator existit) post uxoris mortem crimen esse, ducere uxorem.

88) BOEHMER iur. eccles. Prot. Tom. I. Lib. I. Tit. 21. §. 3.

Nach dem canonischen Rechte kann jedoch eine zweyte Ehe eigentlich erst nach dem Tode des ersten Ehegatten Statt finden, weil eine gültige Ehe nur durch den Tod getrennt werden kann. Nach dem protestantischen Kirchenrechte hingegen findet die zweyte Ehe Statt, wenn auch die erstere durch Ehescheidung getrennt worden ist [89]. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn dem schuldigen Theile in dem Ehescheidungsurtheil zur Strafe auferlegt worden ist, ehelos zu bleiben, oder der schuldige Theil nach dem canonischen Rechte zu einer ewigen Pönitenz verdammt ist, so daß er auch nach dem Tode des unschuldigen Theils nicht wieder heyrathen darf [90], welches aber bey den Protestanten nicht beobachtet wird [91].

Wenn die dreyzehnte Kirchenversammlung zu Toledo vom Jahr 683. diejenigen von der Gemeinschaft der Kirche ausgeschlossen wissen will, welche fürstliche oder königliche Wittwen heyrathen würden; so ist dieß eine besondere Verordnung, welche durch Zureden des Königs Erwig war veranlaßt worden, der dieser Kirchenversammlung selbst beywohnte, und besorgte, daß seine Wittwe nach seinem Tode einen fremden Prinz heyrathen, und diesen zum Nachtheil seiner Kinder in den Besitz des Reichs einführen möchte [92]. Daher hat auch Gratian diesen Canon in sein Decret nicht mit aufgenommen.

89) S. *Ge. Lud.* Boehmer Princ. iuris canon. §. 414.

90) *Can.* 5. *et* 6. *Caus.* XXXI. *Qu.* 1. *Can.* 20. 22. *et* 23. *C.* XXXII. *Qu.* 7. *Cap.* 12. X. *de praesumt.*

91) Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 7. §. 7. et 8. und Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 45.

92) S. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. VII. Qu. 2. pag. 198.

Ob nun gleich die zweyte Ehe an sich erlaubt ist, so hat sie dennoch so wenig das heidnische als christliche Alterthum gern gesehen, wenigstens war der Wittwenstand weit mehr geehrt [93]. Nur sie, die Wittwen, wurden daher bey den Römern mit dem Kranze der Keuschheit beehrt [94], nur sie waren fähig, zu Priesterinnen gewählt zu werden [95], und man vergas nicht, zum Lobe einer verstorbenen Wittwe, auf ihrer Grabschrift zu bemerken, daß sie uni nupta oder univira gewesen sey [96]. Dahingegen mußten diejenigen Wittwen, welche zur andern Ehe schritten, ihre Hochzeit immer an Festtagen feyern, um sie bey dem an solchen Tagen gewöhnlichen Zusammenlaufe von Menschen desto mehr zu beschämen, wie Plutarch [97] erzählt. Zwar änderte sich diese Stimmung, nachdem Kaiser Augustus die Lex Iulia et Papia Poppaea, wiewohl nicht ohne geringen Widerspruch des Volks, durchgesetzt hatte, welches die Bürger durch Belohnungen und Strafen zur Schliessung der Ehen antrieb [98]. Nun ward es auch den Wittwen zur gesetzlichen Nothwendigkeit gemacht, sich wieder zu verheyrathen, und ihnen nur, aus Achtung für die Schamhaftigkeit ihres

93) S. *Ulr.* Huber Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 14. pag. 512—517. *Jo. Gottl.* Heineccius ad Leg. Jul. et Papiam Popp. Commentar. Lib. II. Cap. 16. §. 2. pag. 296—302. *Jos.* Bingham Origin. s. Antiquitat. ecclesiast. Vol. II. Lib. IV. Cap. 5. pag. 151 sqq. und *J. H.* Boehmer iur. eccles. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 21. §. 2. sqq. pag. 494. sqq.

94) Valer. Maximus *Memorabil.* Lib. II. cap. 1.

95) Trebellius Pollio de trig. tyrann. cap. 32.

96) Propertius *Lib. IV. Eleg.* 12. *Thom.* Reinesius Inscript. Clas. XIV. Nr. 73.

97) *Quaestion. Rom.* CV.

Geschlechts, eine Frist von zwey Jahren, so wie den von ihren Männern geschiedenen Weibern ein Zeitraum von einem Jahre und sechs Monaten, gestattet, binnen welchem sie eine Befreyung (vacatio) von den Strafen des Cälibats zu genießen haben sollten [99]. Den Wittwern kam freylich eine solche Vacation nicht zu statten, weil diesen kein Geschlechtshinderniß im Wege stand, um sogleich wieder zur andern Ehe schreiten zu können [100]. Man kannte daher auch vor den Zeiten der christlichen Kaiser noch keine Verfügung des römischen Rechts, welche, auch nur zum Besten der Kinder der ersten Ehe, der zweyten Ehe ungünstig gewesen wäre [1]. Das Gesetz erklärte vielmehr die einem Vermächtniß oder Erbeinsetzung beygefügte Bedingung der Viduität, als eine in fraudem legis geschehene Privatverfügung, für nicht beygefügt [2]. Allein noch war die

98) S. Heineccius cit. Commentar. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. I. cap. 3.

99) Ulpian. *Fragm. Tit. XIV.* §. 1. Feminis *Lex Julia* a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex mensium: *Lex* autem *Papia* a morte viri, *biennii*, a repudio, *anni et sex mensium*. S. Heineccius Comment. cit. Lib. II. cap. 5. §. 3. pag. 184 sqq.

100) Heineccius c. l. pag. 185.

1) S. *Corn. Wilh. de* Rhoer Dissertat. de effectu religionis christ. in iurisprud. Rom. Fasc. I. Diss. VI. §. 18. pag. 239.

2) *L.* 22. *L.* 62. §. 2. *L.* 63. *L.* 64. *L.* 72. §. 5. *L.* 74. *L.* 77. §. 2. *L.* 79. §. 4. *D. de condit. et demonstrat.* S. Heineccius Comm. cit. Lib. II. cap. 16. §. 2. pag. 298—300. *Franc.* Ramos del Manzano Comm. ad Leges Jul. et Pap. Lib. IV. Reliquat. 27. (*Thes. Meerm.* Tom. V. p. 487.) *Jo. Sal.* Brunquell Diss.

christliche Religion in dem römischen Reiche zur herrschenden Religion des Staats nicht erhoben, als schon die heiligen Väter anfiengen, ihre Stimme gegen die zweyte Ehe zu erheben, und die alte Meinung von dem hohen Werthe des Wittwenstandes wieder geltend zu machen suchten. Unläugbar hatte zwar der Apostel Paulus [3]) auch selbst gegen die Wiederverheyrathung einer Wittwe nichts, wenn es nur auf eine dem Herrn wohlgefällige Weise geschieht; allein sie suchten den Christen ihres Zeitalters die zweyte Ehe dadurch gehäßig zu machen, daß sie lehrten, wenn auch der Apostel denen, welche in Wittwenstande leben, erlaubt hätte, sich wieder zu verheyrathen, so sey dieses doch blos um der Schwachen willen geschehen, denen nicht die Tugend der Enthaltsamkeit, die das Christenthum empfiehlt, beywohne, und für die es daher beßer sey, wieder zu heyrathen, als von unkeuschen Begierden herumgetrieben zu werden. Dahingegen habe der Apostel selbst seine Meinung deutlich genug ausgesprochen, daß der unverheyrathete Stand besser und zur Gottseligkeit geeigneter sey, als der Ehestand [4]). Daher nennen die Kirchenväter die zweyte Ehe bald ein *speciosum adulterium* [5]), bald eine *honesta*

de conditione, si non nupserit, ultimis voluntatibus adjecta. §. 9. sqq. (in *Opuscul.* pag. 177 sqq.) und *Greg.* Majansius Disputation. iuris civ. Tom. II. Disp. XXXIX. Es ist jedoch schwer, die *L.* 14. *pr. D. de legat. III.* damit zu vereinigen. S. *Zach.* Huber Dissertation. iurid. et philolog. P. II. Diss. VIII. Cap. 1. pag. 298 — 315. und Ernst Christ. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 493.

3) 1. Korinth. VII. v. 39.

4) Ebendas. v. 8. v. 32. u. 33.

5) Athenagoras Apolog. p. 37.

fornicatio [6]. Tertullian [7], der ihr am meisten feind war, bot alle Gründe auf, dieselbe auf der gehässigsten Seite darzustellen. Der überlebende Gatte, so lehrte er, bleibe mit dem verstorbenen immer noch im Geiste verbunden; es widerstreite die zweyte Ehe der mystischen Aehnlichkeit der Verbindung Christi mit der Kirche, welche durch die Ehe vorgebildet werde; ihr hange ein dedecus voluptuosum an, sie sey daher eine *quasi species stupri.* Ja Origines [8] vergaß sich in seinem heiligen Eyfer so sehr, daß er zu behaupten kein Bedenken trug, *tale coniugium homines eiicere e regno Dei.* Auch auf den Kirchenversammlungen sprachen die heiligen Väter

6) Clemens Alexandrin. Stromat. Lib. III. *Fornicatio* est ab uno matrimonio ad alterum prolapsio. Gratian. *can.* 9. *C. XXXI. Qu.* 1. wo unter der Aufschrift Joannes Chrysostomus *homilia* 32. folgende Worte vorkommen: Hac ratione et Apostoli praeceperunt secundas adire nuptias *propter incontinentiam hominum.* Nam secundam quidem accipere secundum praeceptum Apostoli est, secundum veritatis autem rationem, vere *fornicatio* est. Sed dum, permittente Deo, publice et licenter committitur, fit *honesta fornicatio.* S. Berardus ad Grat. canones P. III. Cap. 16. pag. 188.

7) S. Tertullian. *lib. de monogamia.* Id. *Exhortat. ad castitatem.* Id. *ad Uxorem* Lib. I. *Ulr.* Huber Digress. Justin. P. II. Lib. I. cap. 14. hat alle diese Stellen angeführt, und sie seiner Critic unterworfen.

8) *Homilia in Lucam XVII.* Noch mehrere Stellen aus den Kirchenvätern eines jeden christlichen Jahrhunderts führt Heineccius Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 16. pag. 302. an.

ihr Mißfallen gegen die zweyte Ehe laut und nachdrücklich aus, wovon das Nicäische [9]), Laodicäische [10]), Neucäsareische [11]), und das vierte Karthaginensische Concilium [12]) zum Beyspiele dienen können [13]). Daß das Ansehen dieser heiligen Väter auch auf die Gesetzgebung selbst nicht ohne Einfluß bleiben konnte, ist leicht zu erachten [14]). Denn sie sprachen ja nur die Stimmung ihres Zeitalters gegen ein ihnen allen ohnehin gehäßiges Gesetz, die Lex Papia Poppaea, aus [15]). Vielleicht war die nächste Folge davon, daß die in den letztern Willensverordnungen beigefügte Bedingung der Viduität nun nicht mehr, wie nach dem angeführten Gesetz, für ganz unwirksam gehalten wurde [16]). Es wurde näm-

9) S. HARDUIN Concil. Tom. I. pag. 511.

10) HARDUIN T. I. pag. 782.

11) HARDUIN T. I. pag. 788.

12) HARDUIN Tom. I. pag. 985.

13) Man sehe vorzüglich BARBEYRAC Morale des Peres. Cap. XIII. §. 8.

14) Von dem großen Einfluß des Clerus auf die damalige Gesetzgebung handelt ausführlich *de* RHOER Dissertat. cit. de effectu religionis christ. in iurisprud. Rom. Diss. III.

15) S. BOEHMER iur. eccl. Protest. Lib. IV. Tit. 21. §. 3. MONTESQUIEU Esprit des Loix. Tom. II. Livr. XXIII. Art. 20. pag. 418. macht dabey die Bemerkung: *Les Peres ont censurés les Loix Papiennes sans doute avec un zele louable pour les choses de l'autre vie, mais avec tres peu de connoissance des affaires de celle-ci.*

16) S. HEINECCIUS Commentar. cit. loc. pag. 302. in fin. Anderer Meinung ist jedoch *Georg. Lud.* BOEHMER Elector. iuris civ. Tom. II. pag. 550. sq.

lich durch ein Senatusconsult, vielleicht im dritten christlichen Jahrhundert, verordnet, daß diese Bedingung dem Erben oder Legatar, dem sie auferlegt worden, nur dann erlassen seyn solle, wenn derselbe binnen einem Jahre, von dem Tode des verstorbenen Gatten angerechnet, schwören würde, daß er blos, um Kinder zu zeugen, zur zweyten Ehe schreite. Außerdem sollte die Bedingung gültig seyn, und derjenige, welchem dieselbe auferlegt worden, die Verlassenschaft anders nicht, als gegen Leistung der Mucianischen Caution, erhalten. Es ist dieses Senatusconsult unter dem Namen der *Lex Iulia Miscella* bekannt, nicht weil der Verfasser JULIUS MISCELLUS geheißen, wie einige der ältern Rechtsgelehrten geglaubt haben, sondern weil die Lex Iulia et Papia dabey zum Grunde lag, und diese durch das Senatusconsult modificirt, und durch Anwendung der Mucianischen Caution vermehrt worden ist, folglich dieses Gesetz aus einem vermischten Rechte bestand [17]. Lex e vario iure mixta et composita [18]. Wie konnte man nun das Senatusconsult treffender bezeichnen, als mit dem Namen jenes

17) S. *Greg.* MAJANSII Diss. de indicta viduitate, et Lege Julia Miscella, in EIUS Disputationib. iuris civ. Tom. II. Disp. XXXIX. HEINECCIUS Comm. cit. pag. 302 sqq. BRUNQUELL Diss. cit. de condit. si non nupserit, ultimis voluntatibus adj. §. 19. sqq. (in *Opusc.* pag. 189.) und *Jo. Aug.* BACHII Diss. de Lege Julia Miscella eiusq. usu hod. (in Opusc. a *Klotzio* edit. *Halae* 1767. 8. Nr. VI. pag. 186. sqq.)

18) *Miscellum* heißt bey den lateinischen Classikern id, quod e vario genere mixtum est et compositum. SUETON. in *vita Caligulae* cap. 20. VARRO *de Re Rust.* Lib. III. c. 7. CATO de R. R. Cap. 6.

berühmten Gesetzes, welches dadurch eine modificirte Anwendung erhalten hatte? Justinian gedenkt dieses Gesetzes im *L. 2, et 3. Cod. de indicta viduitate et Lege Iulia Miscella tollenda* nur insofern er es wieder aufhebt; allein in der Novelle *XXII.* Kap. 43. führt er den Inhalt desselben vollständig an. Vetus et antiqua Lex, so heißt es daselbst nach Hombergks Uebersetzung, quae *Iulia Miscella* vocatur, studium procreandorum liberorum prae se ferens, mulieribus permisit, marito licet prohibente, ac ea conditione, ne secundum matrimonium ineat, quid relinquente, nihilominus et nubere et iurare, quasi liberorum gratia hoc faciat, et quod relictum est, capere. Atque hanc potestatem mulieribus dedit intra annum: eo vero elapso, si quod relictum est vellet capere, non aliter mulieribus hoc capere licebat, quam praestita cautione, se secundum matrimonium non inituras esse. Verum hanc adjectionem ipsa *Lex Iulia Miscella* non invenit. Sed *Quintus Mutius Scaevola* hoc ante sanciverat, qui in omnibus, quae facta prohibitione pendent, eiusmodi cautiones excogitaverat. Justinian hob zwar die *Lex Iulia Miscella* wieder auf, und stellte die Lex Iulia et Papia Poppaea wieder her [19]; er änderte aber nachher seine Meinung wieder, und verwarf nur den Eid, um falsche Eidschwüre zu verhüten, im übrigen sollte die Bedingung der Viduität gültig seyn. Quare cum multas certe mulieres cupiditate nuptiarum, non liberorum procreandorum causa, sed naturae necessitate, et iurare et nubere, et

19) *L. 2. et 3. Cod. de indicta viduitate.*

defunctorum voluntates transgredi videremus, primum sanctiorem partem omnino sanandam, et periuria cohibenda esse existimavimus, neque permittendum, ut talia iuramenta suscipiant, in quibus facillime peieratur. — Quoniam igitur lege nostra id sancientes, iuramentum illis ademimus, et ut quid caperent, permisimus, cogitavimus alterum a nobis praetermissum esse, quod scilicet animae etiam defuncti cura gerenda sit. Hac igitur de causa praesentem legem ferimus. Nolumus enim defunctorum voluntates nihil absurdi continentes intercidere. Nach diesem neuesten Gesetz soll nun der Person, der Etwas unter der Bedingung, wenn sie im Wittwenstande verbleiben wird, hinterlassen worden ist, die Wahl freystehen, ob sie zur zweyten Ehe schreiten, und auf die Verlassenschaft Verzicht thun, oder den Willen des Verstorbenen ehren wolle. In diesem Falle kann sie jedoch unter einem Jahre das ihr Hinterlassene auf keine Weise fordern, außer wenn solche Umstände eintreten, die ihr keine Hoffnung einer zweyten Ehe übrig lassen, z. B. der Erbe tritt in den Priesterstand. Nach einem Jahre kann zwar das Hinterlaßene gefordert werden, aber doch auch anders nicht, als gegen Caution, das Empfangene zu restituiren, wenn dem Willen des Erblaßers entgegen gehandelt würde. Dabey hat denn Justinian sowohl die Art der Caution, welche in jedem Falle zu leisten ist, als die Personen umständlich bestimmt, denen sie geleistet werden soll, wie aus Kap. 44. erhellet.

Der Haß gegen die zweyte Ehe, der auch die christlichen Kaiser so abhold waren, wie die Kirchenväter, vermehrte sich aber besonders nach der öffentlichen Einführung

der christlichen Religion in dem römischen Reiche durch die Betrachtung der schädlichen Folgen, welche dieselbe in mancher Rücksicht, vorzüglich aber für die Kinder der erstern Ehe, haben konnte [20]. Daher nennt der Kaiser Constantin der Große [21]) solche Mütter, die zur andern Ehe schreiten, foeminas immoderatas atque intemperantes, quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt. Die Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius [22]) sagen, matrem, quae filios ex priore matrimonio susceptos habet, *secundis nuptiis funestari*. Und gewiß nicht undeutlicher hat auch Justinian sein Mißfallen an der zweyten Ehe ausgedrückt, wenn er in der Novelle XXII. Kap. 20. sagt: *Λυθέντος τοίνυν τοῦ γάμου κατὰ τὰς ἔμπροσθεν ἁπάσας διαζεύξεις, εὔδαιμον μὲν καὶ μακάριον ἑκατέρῳ τῶν συμβαλόντων μένειν ἐπὶ τῆς προτέρας εὐνῆς, καὶ μὴ τὴν γενομένην γονὴν τοῖς ἐφεξῆς συνοικεσίοις ἴσως λυπεῖν.* i. e. (nach Hombergks Version). *Matrimonio igitur omnibus solutionibus praecedentibus dissoluto, felix quidem et beatus uterque contrahentium est, si in priori matrimonio maneat, nec sobolem suam, sequentibus forte matrimoniis, tristitia afficiat.* Es war also wohl gewiß nicht bloße Privatmeinung einiger Kirchenväter, daß die zweyte Ehe keine Begünstigung verdiene, wie Ge. Lud. Böhmer [23]) dafür hält, wenn auch gleich Justinian in derselben

20) Die Gründe dieses Hasses hat *de* Rhoer cit. lib. Diss. VI. §. 20. genau entwickelt.

21) *L. 22. Cod. de administr. tutor.*

22) *L. 3. §. 1. Cod. de secund. nupt.*

23) Elector. iuris civ. Tom. II. pag. 552.

Novelle Kap. 43. und 44. die von ihm, durch Aufhebung der oben erwähnten Lex Iulia Miscella, verworfene Bedingung der Viduität, nur aus dem Grunde für verbindlich erklärt, weil man letzte Willensverordnungen soviel möglich bey Kräften erhalten müße; (τὰς τῶν τελευτώντων φυλάττειν μετὰ τοῦ νόμου βουλήσεις). Denn alle Ausleger [24]) außer ihm sind darin einverstanden, daß der wahre Grund dieser Verordnung vielmehr in der Abneigung des Gesetzgebers gegen die zweyte Ehe zu setzen sey. Man sieht dieses auch nicht undeutlich aus der Aeußerung desselben in den letzten Worten des 43. Kap. Denn nachdem er daselbst den Grund angeführt hat; *nolumus enim defunctorum voluntates, nihil absurdi continentes, intercidere:* fügt er hinzu: nam siquidem diceremus oportere mulierem, viro, ne nubat, praecipiente, id omnino observare, haec forte Lex nonnihil acerbitatis habuisset. Iam vero cum alterum in promptu sit, ut si nubere velit, non capiat, quod relictum est, summae absurditatis esset, voluntatem defuncti ita periclitantem contemnere, ut ei et nubendi, et quod relictum est, accipiendi, *et in omnibus priorem maritum contristandi* potestas concedatur. Heißt denn das *contristare* priorem maritum, nicht eben soviel, als wenn Chrysostomus [25]) sagt: Mulieres non contentas priore matrimonio, sed iterum nubentes maculare torum mariti prioris, et *memoriam eius violare?* Ja sagt nicht Justi-

24) S. Brunquell cit. Dis. §. 35. (in *Opuscul.* p. 203 sq.) Bach cit. Diss. de Lege Julia Miscella. §. 15. (in *Opusc.* pag. 234 sqq.) u. A. m.

25) *Homilia VII. ad II. Thimoth.*

man an einem andern Orte, Novelle II. Kap. 3. ganz im Geist dieses Kirchenvaters: Pulchrum quidem esset, et laudandum atque optandum; si mulieres ea esssent castitate; ut, quae semel viro nupserunt, *inviolatum defuncto torum servent?* (τηρεῖν ἄθικτον τῷ τελευτήσαντι τὴν εὐνήν). Diese Abneigung der Gesetzgeber gegen die zweyte Ehe dauerte noch lange nach Justinian fort [26]. Noch Kaiser Leo der Philosoph beschämt in der Novelle XC. auf eine empfindliche Art diejenigen, welche sich mit der erstern Ehe nicht begnügen, sondern zur zweyten, ja wohl gar zur dritten Ehe schreiten [27], und verordnet, daß diejenigen, welche zum dritten Male heyrathen, der in dem heiligen Canon der Kirche bekannt gemachten Strafe [28] unterworfen seyn sollen [29].

26) S. Cotelerius ad Constitution. Apostol. Lib. III. cap. 1. *Patr. Apostol.* pag. 275.) *de* Rhoer cit. Diss. VI. §. 19.

27) Er sagt: *Oportebat homines, cum in aliis, tum praecipue in castitate matrimoniali a brutis non vinci. Multa autem brutorum animantium genera, coniuge mortuo, perpetuam viduitatem amplectuntur, alterisque nuptiis priores velut congesta terra obtegere nolunt.*

28) Er meint den *can.* 3. *et* 7. *Concilii Neocaesariensis,* die auch Gratian *can.* 8. *Caus. XXXI. Qu.* 1. aufgenommen hat, vermöge welcher diejenigen, qui saepius nubunt, Pönitenz thun, und kein Priester ihrem Hochzeitsmahle beywohnen soll.

29) S. *Casp. Achat.* Beck de Novellis Leonis Aug. et Philosoph. earumq. usu et auct. lib. sing. Cap. II. §. 15. und *Car. Frid.* Zepernick ad *Eandem* not. t. pag. 108. (*Halae* 1779. 8.)

Sowohl durch die Constitutionen der christlichen Kaiser, als durch die Kirchengesetze sind nun auch mancherley der zweyten Ehe ungünstige Verordnungen gemacht worden, welche theils im eigentlichen, theils im uneigentlichen Sinn, selbst in den Gesetzen [30]), poenae secundarum nuptiarum genennt zu werden pflegen [31]). Es können jedoch nur eigentlich solche Verfügungen der Gesetze hierher gerechnet werden, welche ein wirkliches Uebel, und zwar ein solches Uebel mit der andern Ehe verbinden, das nicht etwa in der gemeinen Natur einer jeden Ehe, sondern blos in der Wiederholung derselben seinen Grund hat. Denn daß die Wittwe, wenn sie wieder heyrathet, den Stand, die Würde, das forum, ja das Recht auf die Grabstätte ihres verstorbenen Mannes verliert [32]), ist keine Strafe, sondern dieß bringt die Natur einer jeden Ehe mit sich, daß die Frau dadurch den Stand ihres Mannes erhält [33]). Auch gehört hierher nicht die

30) *Nov. II. cap.* 2. §. 1. *et cap.* 3.

31) S. *Eberh. Andr.* Alssen Diss. de eo, quod hodie iuris est circa poenas secundis nuptiis scriptas. *Gött.* 1751. 4. und *Jo. Sam. Frid.* Boehmer Diss. de poenis secundarum nuptiarum genuinis ac spuriis. *Francof. cis Viadr.* 1758. 4.

32) *L.* 8. *D. de Senator. L.* 22. §. 1. *D. ad municipal. L.* 13. *Cod. de dignitat. L.* 10. *Cod. de nupt. L. ult. Cod. de bonis matern. Nov. XXII. cap.* 36.

33) Es ist daher unrichtig, wenn Boehmer in Diss. de secundis nuptiis praecipue illustr. personar. Cap. I. §. 47. diese Folgen zu den poenis secundarum nuptiarum rechnen will. Man sehe dagegen *Jo. Sam. Frid.* Böhmer Diss. cit. §. 13. Auch *Conrad* Rittershusius in iure Justinian. P. IV. Cap. IV. nr. 4. pag. 209. hat diese richtigere Ansicht.

Verordnung der Gesetze, daß die Wittwe ein Trauerjahr halten muß, ehe sie sich wieder verheyrathen darf. Denn dieß ist ein blos aufschiebendes Ehehinderniß, welches nur dann Strafen zur Folge hat, wenn es nicht beobachtet worden ist, wovon nachher die Rede seyn wird.

Man kann die so genannten poenae secundarum nuptiarum füglich unter zwey Classen bringen. Es sind entweder 1) gemeine Nachtheile, die jeden zur andern Ehe schreitenden Ehegatten treffen, er sey Wittwer oder Wittwe, und diese haben entweder das Beste der Kinder der ersten Ehe zum Zweck, und sind als wahre Wohlthaten für dieselben anzusehen; oder sie haben darauf keine Beziehung, sondern können eintreten, es mögen Kinder aus der erstern Ehe vorhanden seyn, oder nicht. Oder 2) es sind besondere Nachtheile, die entweder nur den Wittwer allein, oder die Wittwe treffen. Soviel also

I. die gemeinen Nachtheile betrifft, welche jeden zur andern Ehe schreitenden Ehegatten treffen können, er sey Wittwer oder Wittwe; so sind diese von verschiedener Art.

A. Einige derselben haben das Beste der Kinder der ersten Ehe zum Zweck, welches zu sichern die christlichen Kaiser sich um so mehr angelegen seyn ließen, als die Erfahrung lehrt, in welche Gefahr das Wohl solcher Kinder insgemein gesetzt wird, wenn sie einen Stiefvater oder eine Stiefmutter erhalten [34]. Diese Verfügungen,

34) *L.* 22. *Cod. de administr. tutor.* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XLIII. medit. 2. erläutert dieses Gesetz durch ein Beyspiel aus Juvenal. *Satyr. VI.* vv. 626—630. Man sehe auch Baile Reponses aux questions d'un Provincial. P. I. cap. 40. sqq. und de Rhoer Diss. cit. VI. §. 20. pag. 245. sq.

welche die Gesetze zum Besten der Kinder der ersten Ehe getroffen haben, und welche also eigentlich als eine Wohlthat für sie anzusehen sind, werden denn freylich nur in einem uneigentlichen, aber doch den Gesetzen [35]) nicht unbekannten Sinn, poenae genennt. Hierher gehört nun

1) daß der zur zweyten Ehe schreitende Ehegatte das Eigenthum alles desjenigen Vermögens verliert, was er durch die Liberalität des vorigen Ehegatten erworben hatte, und blos den lebenslänglichen Nießbrauch davon behält. Die Proprietät fällt an die Kinder der ersten Ehe. Der parens binubus kann also davon gültig nichts veräußern noch verpfänden. Anfangs und nach der Verordnung der Kaiser Gratian, Valentinian II. und Theodos I. *L. 3. Cod. de secund. nupt.* vom J. 382. galt dieß zwar nur von Müttern, die zur zweyten Ehe schreiten, und denen auch gestattet war, über diese lucra nuptialia unter ihren Kindern nach Gefallen zu disponiren, und sie auch wohl einem Kinde allein zuzuwenden. Es heißt nämlich daselbst.

Foeminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis, ad secundas post tempus luctui statutum transierint nuptias, quicquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium iure, quicquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quicquid mortis causa donationibus factis, aut testamento iure directo aut fideicommissi, vel legati titulo, vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis, ut dictum est, priorum maritorum fuerint adsecutae: id totum ita, ut perce-

35) *Nov.* 2. *Cap.* 2. §. 1. *et Cap.* 3. *L. un. C. de his, quae poenae nomine.* S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCC. medit. 4.

perint, integrum ad filios, quos ex praecedente coniugio habuerint, transmittant, vel ad quemlibet ex filiis, dummodo ex his tantum sit, quos tali successione dignissimos iudicamus, in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum. Nec quicquam eaedem foeminae ex iisdem facultatibus alienandum in quamlibet extraneam personam, vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam, praesumant: atque habeant potestatem possidendi tantum, atque fruendi in diem vitae, non etiam alienandi facultate concessa. Nam si quid ex iisdem rebus in alium quemlibet fuerit ab ea translatum: ex maternis redintegrabitur, quo illibata ad eos, quos statuimus, liberos bona, et incorrupta perveniant.

Ihre Kinder kann sie zwar sowohl ab intestato als ex testamento beerben, jedoch erhält sie nur den Nießbrauch von ihrer Portion, wenn noch Kinder erster Ehe da sind.

§. 1. Illud etiam addimus huic legi, ut si aliquis ex iisdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, *matre iam secundis nuptiis funestata*, aliis etiam ex eodem matrimonio progenitis liberis superstitibus [36]), id, quod per eandem successionem ab intestato, vel

36) Diese Stelle, welche im Theodos. Codex *L.* 2. *de secund. napt.* III. 8. anders lautet, ist von Tribonian nach dem neuen Recht umgeändert worden. S. *Jac.* Gothofredus in Comment. ad h. L. Tom. I. pag. 326.

ex testamento suae posteritatis mater videbitur consecuta, in diem vitae suae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his, qui supererunt, ex priore susceptis matrimonio filiis relinquat: nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet extraneam personam, vel quicquam alienandi habeat potestatem.

Das Gesetz setzt hier aber voraus, daß die Mutter zur Zeit des Todes des Kindes schon in der zweyten Ehe lebte. Wie also, wenn sie erst nach dem Tode des Kindes sich wieder verheyrathet hätte? Diese Frage entscheidet die *L. 5. Cod. ad SCtum Tertull.* eine Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian vom J. 426.

Mater, quae defuncto filio, filiaeve sine liberis, ex testamento vel ab intestato succedit, si matrimonium secundum post mortem filii, vel filiae non contraxerit, omnia filii seu filiae morte delata, vel derelicta pleno iure acquirat. Sin vero alterius mariti coniugium elegerit, extrinsecus quidem quaesita filio filiaeve simili firmitate possideat: rerum vero paternarum defuncti solo usufructu, humanitatis contemplatione, potiatur, proprietatem et sororibus et fratribus transmissura defuncti.

Nach diesem Gesetz kommt es also darauf an, ob das Vermögen des verstorbenen Kindes vom Vater herrührt, oder von Andern. Im ersten Fall erhält die Mutter nur den Nießbrauch ihres Erbtheils, die Proprietät muß sie den Geschwistern des verstorbenen Kindes überlassen. In dem letztern aber erwirbt sie das volle

Eigenthum ihres Erbtheils eben so, als wenn sie im Wittwenstande geblieben wäre [37].

Noch traf also den Vater dieser Nachtheil nicht, wenn er zur andern Ehe übergieng. In der *L. 2. Cod. Theod. de secund. nupt.* wird er nur ermahnt, den Kindern der erstern Ehe dasjenige zu hinterlassen, was aus dem Vermögen ihrer Mutter auf ihn gekommen ist, ohne ihn deshalb zu verbinden [38]. Erst der Kaiser Theodos II. änderte dieses ab, und verordnete in der Novelle VII. vom Jahre 439. [39]) woraus die *L. 6. Cod. Iust. de secund. nupt.* genommen worden ist, daß in allen Fällen, wo die Mutter den Kindern die lucra nuptialia erhalten

37) S. *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Cod. Lib. V. Tit. 9. ad L. 3. cit.

38) Es heißt nämlich am Schluß der *L. 2. Cod. Th. de sec. nupt.* Similiter etiam admoneri *Maritos* volumus, et pietatis et legis exemplo, quos etsi vinculo non adstringimus, velut impositae severius sanctionis, religionis tamen iure cohibemus, ut sciant id a se promptius sperari, contemplatione iustitiae, quod necessitate propositae observationis matribus imperatur: ne si ita necessitas persuaserit, circa eorum personam subsidio sanctionis exigi ab eis oporteat, quod optari interim sperarique condeceat. S. *Jac.* Gothofredus cit. Commentar. pag. 327. und Cujacius c. l.

39) S. *Novellae Constitutiones Imperator. Justiniano anteriorum*, in der Ritterschen Ausgabe des Cod. Theodos. Tom. VI. P. II. pag. 22. auch Ritter Commentar. ad hanc Novell. VII. und Hugo ius civ. Antejust. Tom. II. pag. 1246. sqq.

muß, auch der Väter hierzu verbunden seyn solle [40]. Das Eigenthum dieser Güter soll auch hier mit dem Uebertritt zur zweyten Ehe auf die Kinder erster Ehe fallen, und dem Vater nichts davon zu veräußern oder zu verpfänden erlaubt seyn. Die hieher gehörigen Worte sind:

Generaliter censemus, quocunque casu constitutiones ante hanc Legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio dissoluto, quae de bonis mariti ad eam devoluta sunt, servare sanxerunt: iisdem casibus maritum quoque, quae de bonis mulieris ad eum devoluta sunt, morte mulieris matrimonio dissoluto, communibus liberis servare. — Dominium autem rerum, quae liberis per huius legis, vel praeteritarum constitutionum auctoritatem servantur, ad liberos pertinere decernimus. Itaque defuncto eo, qui eas liberis servabat, extantes ab omni possessore liberi vindicabunt: consumtas vero ab heredibus eius exigent, qui eas servare debuerat. Alienandi sane, vel obligandi suo nomine eas res, quae liberis servari praeceptae sunt, eis, qui reservaturi sunt, ademta licentia est.

Dem Parens wird jedoch auch noch in diesem Gesetz die Freyheit gestattet, die lucra nuptialia unter den Kindern nach Willkühr zu vertheilen, ja auch einem derselben Alles allein zuzuwenden. Etwas Eigenthümliches aber ist

40) Dieß ist der Grund, warum Tribonian die oben Not. 38. angeführten Schlußworte der *L. 2. Cod. Th. de secund. nupt.* in der daraus genommenen *L. 3. C. Just. eodem* weggelassen hat.

es, daß wenn auch die Kinder nicht Erben des zuerst verstorbenen Parens geworden sind, dieselben dennoch die von ihm herrührenden lucra nuptialia nach dem Tode des zuletzt Verstorbenen erhalten sollen, nicht anders, als ob sie zu desselben Vermögen gehörten, wenn sie jetzt nur diesen beerben. Es heißt nämlich:

In his autem casibus, in quibus res ut paternas mater liberis communibus servare praecepta est, hoc est, ubi morte mariti matrimonio dissoluto, mulier ad alias nuptias pervenerit, vel ubi res ut maternas patrem liberis communibus servare censuimus, hoc est, ubi morte mulieris matrimonio dissoluto, vir ad alias nuptias venerit, si hereditatem eius parentis, qui prior mortuus est, non adierint liberi, licebit eis, tanquam eius tantum res fuerint, qui posterior moritur, eas sibimet vindicare, scilicet si eius, qui posterior moritur, hereditatem crediderint adeundam.

Der Grund, womit diese Eigenthümlichkeit unterstützt wird, ist: ne quod favore liberorum inductum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum videatur inventum.

Eine zweyte Eigenthümlichkeit dieses Gesetzes ist, daß wenn auch der überlebende Ehegatte nicht zur zweyten Ehe schreitet, aber doch die lucra nuptialia aufbewahrt hat, die Kinder, auch wenn sie ihn nicht beerben wollen, diese lucra denn doch als Theile der Erbschaft ihres zuerst verstorbenen Vaters oder Mutter verlangen können.

Illud etiam humanis sensibus huic legi credidimus inserendum, ut eo quoque casu, quo lucra-

tur vel mulier res, quae ad eam a marito perveniunt, vel maritus eas, quae ex bonis mulieris ad eum transeunt, hoc est, ubi primum matrimonium alterius morte dissolvitur, nec superstes ad secundas nuptias pervenit, si res vel maritus, vel uxor, hoc est, qui superstes est, non consumserit, vel alienaverit, quod eis ad secundas nuptias non venientibus, quasi rerum dominis, concessum esse non dubium est[41]), liberis liceat res a patre profectas, ut paternas, a matre, ut maternas, accipere.

Durch die neuern Constitutionen der Kaiser ward jedoch dieses Recht auf verschiedene Art abgeändert. Zuerst wurde dem überlebenden Ehegatten das Recht entzogen, die durch die zweyte Ehe den Kindern der erstern anheim gefallenen lucra nuptialia unter dieselben willkührlich zu vertheilen, und dagegen verordnet, daß die Kinder der ersten Ehe alle gleichen Antheil daran haben sollen, weil

41) In der *Nov. Theod.* heißt es: si hereditatem eius qui posterior moritur, liberi adire noluerint, ut eis liceat etc. Diese Worte sind nun zwar hier weggelassen, allein Justinian hat dieses selbst *L.* 8. §. 1. *Cod. de secund. nupt.* verordnet. Illud etiam certa sanctione definire censemus, ut, si quis, vel si qua ex alio matrimonio filiis procreatis, minime ad secundas nuptias venerit, eodem modo liceat quidem genitori vel genitrici res ex priore coniugio sibi acquisitas, quomodo voluerit, alienare, vel administrare: *si quae vero earum minime sint alienatae, possunt liberi etiam non adeuntes paternam vel maternam hereditatem eas vindicare.* Man vergleiche besonders RITTER cit. Comm. ad Nov. Theod. VII. Not. oo. pag. 25.

durch die zweyte Ehe alle Kinder der erstern auf gleiche Weise beleidigt worden sind. Die Kaiser Majorian[42]) und Severus[43]) verordneten dieses zuerst bey den Müttern für den Occident. Im Orient hingegen dauerte das

42) *Novella Maioriani VIII. de Sanctimonialibus et viduis*, dat. *Ravennae* 458. in der Ritterschen Sammlung Tom. VI. P. II. pag. 155. sqq. und in Hugo Jur. civ. Antejust. Tom. II. pag. 1377. sqq. Es heißt daselbst §. 8. Illud sane latus divalis Constitutionis abolemus, quo videbatur matribus fuisse permissum, ut ex quantitate sponsalitiae largitatis in unum filium, si velint, portionem maximam conferendi habeant liberam facultatem, *in quam nos filios aequa iubemus lance succedere:* siquidem recte illa donatio inter bona paterna numerabitur, quam in uxorem maritus contulit tempore nuptiarum.

43) *Nov. Severi I. de abrogatis capitibus iniustis Legis D. Maioriani*, dat. *Romae* 463. in Collect. Novellar. *Ritter*. pag. 160. und bey Hugo T. II. pag. 1392. Illud tantum ex eadem lege retinentes, quod veterum legum commendat auctoritas, scilicet, ut post viri obitum *sponsalia* (i. e. dona sponsaliorum nomine oblata, sive donationes ante nuptias. S. Ritter ad h. Novl not. e.) in usumfructum tantum mater habeat, et a filiis alienare non possit, sive in alias nuptias venerit, sive non venerit, *et ut omnibus ex eodem matrimonio filiis ex aequo communia in unum aut alterum matri conferre non liceat.* Nam quid est aliud, a filiis alienare; si hoc non est, cum proles numerosa contigerit, praetermissis ceteris uni vel alii prava velle intentione largiri? Sint sane matres, si ita libuerit, pro impensis obsequiis in filiorum electione liberales, usumfructum suum, cui voluerint, largiantur, *proprietatis commoda cunctis pariter filiis deputata non minuant.*

Wahlrecht des parens binubus fort bis auf Justinian [44]). Erst dieser hob es nicht nur bey der Mutter, sondern auch bey dem Vater auf. Dieß geschahe in der Novelle 2. Kap. 1. und 2. (vom J. 534.)

Quare electiones illas nec confusas nec indistinctas relinquere, sed hanc rem ita ordinare nobis visum est, ut matre semel secundas nuptias contrahente, omnes liberi proprietatem donationis ante nuptias statim lucrifaciant, neque ullo modo matri quosdam ex liberis eligere, quosdam vero iniuria afficere liceat; *quia omnibus simul per secundas nuptias iniuriam intulit.* — Cap. 2. §. 1. Quia vero *secundo nubentium poenae communes sunt viro et mulieri*, ille quidem, quando ad secundas nuptias venit, de dote, haec vero de donatione ante vel propter nuptias periclitabitur; et haec lex *in utramque personam* lata sit, et tam *de electione*, quam de alienatione et lucro haec sancita sint.

In eben dieser Novelle ist noch Kap. 2. verordnet, daß wenn etwa der überlebende Ehegatte vor dem Uebertritt zur zweyten Ehe von diesen Gütern einen Theil veräussert hätte, eine solche Veräusserung zwar durch die zweyte Ehe ungültig werde; jedoch soll alles so lange in suspenso bleiben, bis sich künftig bey dem erfolgten Tode desselben ergiebt, ob noch die Kinder am Leben sind, oder nicht. Denn sind sie vor dem parens binubus verstorben, und dieser hat sie beerbt, so bleibt alles gültig. Haben sie zum Theil fremde Erben hinterlassen, so bleibt wenigstens

44) S. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Theodos II. und Valent. III. bis auf Justinian. Wetzlar 1812. S. 67.

die Veräusserung in Rücksicht des dem Parens gewordenen Erbtheils gültig, und ist denn nur in Rücksicht des Uebrigen ungültig.

In dem dritten Kap. derselben Novelle hat Justinian auch den in den oben angeführten Constitutionen bey der Beerbung der Kinder gemachten Unterschied aufgehoben, und verordnet, daß die Mutter in Ansehung derselben durch die zweyte Ehe keinen Nachtheil leiden, sondern mit den Geschwistern des verstorbenen Kindes erben, und von ihrem Erbtheil Eigenthümerin seyn und bleiben solle, das Kind mag vor der zweyten Ehe oder erst nach derselben sterben [45]. Quemadmodum enim patres, si secundas nuptias contrahant, non fraudamus successione liberorum, nec lex quaedam est, quae id dicit, ita nec *matres* successione liberorum privabimus, si matres secundo nubant, sive *ante secundas nuptias*, sive *post eas* liberi moriantur. — Unde quod patres habent, sive secundas nuptias ineant, sive non, hoc etiam matres habeant, et mater ad filii hereditatem vocetur, sive secundas nuptias iam contraxerit, sive postea contrahat.

Alles dieses bestätigte Justinian nochmals in der Novelle *XXII*, Kap. 23. (vom J. 536.) wo das noch jetzt geltende Recht auf folgende Art aus den vorigen Constitutionen recapitulirt wird.

Si vero tempus quidem exspectet mulier, ad secundum vero matrimonium, priores nuptias insuper habens, veniat, siquidem liberos non ha-

45) S. *Jac.* Cujacius Exposit. Novellar. ad Nov. 2.

beat, — sine periculo tota res futura est. Si vero proles existat, et lex videat liberos exinde iniuria affectos, tum *omni liberalitate, a marito in eam profecta, quoad proprietatem privetur, solo usufructu illi relicto.* Et haec sancita quoque sint, tam de donatione propter nuptias, quam de omni alia liberalitate, sive inter vivos, sive testamento, sive mortis causa donatione a viro in eam collata: sive pars sit institutionis, sive legatum sive fideicommissum. Et ut generaliter dicamus, *omnis proprietas ab ea recedet earum rerum, quae a priori viro ad eam pervenerunt, et liberi eas capient, ac statim ab eo tempore, quo mater alii viro iuncta est, proprietatis erunt domini.* Atque haec communis tam mulieri, quam viro imposita sit poena. Nam si ille quoque liberos habens secundam iis superduxerit uxorem, *lucris dotis quoad proprietatem non fruetur, nec aliam liberalitatem, quam a muliere accepit, firmam habebit, praeterquam quod uti et frui solum possit, quoad vixerit.* Nam hic quoque liberi, etsi sub potestate constituti, *domini tamen illorum quoad proprietatem erunt, eaque statim, matrimonio cum secunda coniuge contracto, ad eos venient.*

Cap. 24. Quod autem de lucris exinde ad coniuges venientibus sancitum est, etiam sic ratum sit, et lex adeo fidus iis erit custos, ut has res neque alienare, neque pignori dare parentibus permittat. Sed et si parentes quid fecerint, statim eorum substantiam illis obligat. — Ac sciant ex hac nostra lege, quod, etsi ab eiusmodi parentibus quid emerint, vel donum acceperint, vel

quicquam aliud egerint, id quod gestum est, perinde habendum sit, ac si nihil neque factum, neque scriptum esset.

Cap. 26. Venient vero lucra haec ad omnes liberos, qui ex prioribus nuptiis suscepti sunt. *Non enim permittimus parentibus, ut non recte introducta electione adversus eos utantur, et alii quidem ex liberis quid dent, alium vero iniuria afficiant.* Omnes enim secundis nuptiis pari contumelia affecti sunt? — Ideoque quilibet horum pro portione lucretur: idque, si liberos habet, ad eos transmittat.

Cap. 26. Quoniam vero harum rerum alienationes a parentibus factas irritas declaravimus, convenit, ut accuratius hanc rem definiamus. Nam si omnes supersint liberi ex primis nuptiis procreati, et parens praemortuus sit, irrita omnino erit alienatio, secundum ea, quae ante a nobis dicta sunt. Si vero omnes decesserint, et res ad orbitatem redigatur, tum ex eventu valebit id quod alienatum est. Quis enim id infirmabit, liberis, quibus solis hoc servavimus, non existentibus? Sed hic nuper in accuratam quandam et sollicitam venimus cogitationem, quaeque medium utrorumque casuum curiose examinat. Nam cum omnibus quidem liberis superstitibus, et parente mortuo, nulla pars lucrorum ipsis relinqueretur, omnibus vero mortuis totum ad eos rediret, mediam quandam viam in ea re invenire voluimus, ut, si pluribus existentibus liberis, unus moriatur, siquidem liberos habeat, ad eos hereditas illa de-

feratur, uti saepius diximus: si vero liberos non habeat, ad fratres totum utique non perveniat, sed quantum ex pacto in casum non existentium liberorum parenti acquisitum est, tantum ipse lucretur, reliquum vero ad filii successores, sive fratres, sive forte extranei sint, venire permittatur: id quod maxime in matre contingit, sive de bonis suis disponant, sive intestati moriantur. Atque hoc in lege nostra constituimus, primi illud excogitantes et invenientes, clementerque sancientes. Quare hoc quoque casu si alienaverit parens, antequam ad secundas nuptias veniat, deinde unus ex liberis mortuus fuerit, eatenus solum valeant ea, quae alienata sunt, quatenus ad eum, qui alienavit, ex pacto in casum non existentium liberorum pervenit. Nam quoad eas partes, quae ad heredes filii veniunt, omnino irritum erit. Quare facta alienatione res in suspenso manebit, una cum sequentibus casibus mutanda, et vel plane ab initio infirmetur alienatio: vel in totum valeat, vel pro parte quidem infirmetur, pro parte vero subsistat.

Justinian bestimmt hier noch genauer, als es in der früheren Novelle 2. geschehen war, in wiefern die von den Eltern unternommenen Veräusserungen der lucrorum nuptialium für gültig oder für ungültig zu halten seyen. Er unterscheidet drey Fälle. Erstens der Parens ist vor den Kindern der ersten Ehe gestorben, und zwar haben alle diese Kinder ihn überlebt. Hier ist die ganze Veräusserung nichtig. Die Kinder können daher die veräusserten Güter vindiciren, oder auch sich der hypothekari-

schen Klage bedienen[46]). Zweytens sämmtliche Kinder der erstern Ehe sind vor dem Veräusserer gestorben, ohne andere Erben zu hinterlassen, als diesen Parens[47]). Hierdurch wird nun zufällig die ganze Veräusserung gültig. Denn wer sollte sie hier anfechten? Drittens von mehreren Kindern der erstern Ehe ist nur Eins vor dem veräussernden Parens gestorben. Hier unterscheidet das Gesetz weiter, ob das verstorbene Kind selbst Kinder hinterlassen hat, oder nicht, sondern Brüder oder andere Erben. In dem erstern Falle fällt der Theil, den das verstorbene Kind an den lucris nuptialibus seines Parens hatte, an desselben Kinder, und die Veräusserung bleibt ungültig[48]). In

46) *Nov. XXII. c.* 24. *L.* 6. §. 2. *L.* 8. §. 4. *et* 5. *C. de sec. nupt.* S. CUJACIUS Exposit. Nov. XXII. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 6. et alias quasd. de secund. nupt. pag. 384. besonders *Scip.* GENTILIS lib. de secundis nuptiis. Cap. 14.

47) Der Scholiast in den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 14. Sch. f. pag. 490. sagt: Οἱ γονεῖς δυνάνται ἐκποιεῖν τά κερδανθέντα, ἐὰν οἱ παῖδες αὐτῶν προετελεύτησαν, δηλονότι μὴ ἔχοντες ἄλλους διαδοχους. i. e. *Parentes alienare possunt lucra nuptialia, si eorum filii praemortui sint, alios successores non habentes.*

48) *L.* 7. *L.* 8. *pr. Cod. de sec. nupt.* Eben dieses gilt, wenn auch die Mutter erst nach dem Tode des Kindes zur andern Ehe geschritten wäre. Zwar hatte das Kind bey seinem Leben seinen Theil noch nicht erworben, allein die Enkel treten hier an die Stelle des verstorbenen Kindes, und erhalten den Antheil, den das verstorbene erhalten hätte, vermöge des Repräsentationsrechts. *L.* 7.

dem letztern Falle aber können sich die Erben des verstorbenen Kindes nicht die ganze Erbschaft anmassen, sondern der überlebende Parens bekommt einen verhältnißmäßigen Theil davon, soviel ihm nämlich in dem Ehevertrage auf den Fall, daß keine Kinder vorhanden sind, ist ausgesetzt worden. Man setze den Fall, es sey in den Ehepacten bedungen worden, daß die Frau, wenn der Mann vor ihr versterben sollte, in dem Fall, da keine Kinder vorhanden sind, die Hälfte von der donatio propter nuptias, im Falle aber Kinder da wären, die ganze donatio lucriren solle, und diese bestünde aus 1000 Ducaten, so gehören der Wittwe, wenn keine Kinder vorhanden sind, 500 Ducaten. Sind aber Kinder da, so bekommt sie die ganze Summe von 1000 Ducaten. Schreitet sie nun zur andern Ehe, so fällt das ganze Kapital an die Kinder, und die Mutter behält nur den Nießbrauch davon, so lang sie lebt. Von diesem Kapital bekommt nun jedes Kind, wenn deren fünf sind, 200 Ducaten. Nun setze man weiter, Eins von diesen Kindern sey vor der Mutter gestorben; hat dieses Kinder hinterlassen, so erben diese die 200 Ducaten allein. Hat es aber Geschwister oder andere Erben hinterlassen, so bekommt die Mutter die Hälfte des auf das verstorbene Kind gekommenen Antheils von 200 Ducaten, sie bekommt also 100 Ducaten nach dem Verhältniß des ihr in den Ehepacten in casum ἀπαιδίας, sive orbitatis, d. i. auf den Todesfall der Kinder, ausgesetzten Theils an der donatio propter nuptias, worüber sie frey disponiren kann. Nach diesem Unterschied der Fälle kann also eine von der

L. 8. *pr. Cod. de secund. nupt.* S. *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Cod. ad L. 7. et 8. citt. und *Scip.* Gentilis de secund. nuptiis. Cap. 13. pag. 77. sqq.

Mutter unternommene Veräußerung bald ganz gültig, bald ganz ungültig, bald zum Theil gültig zum Theil ungültig seyn [49]). Wenn das Gesetz sagt: *id quod maxime in matre contingit*, so geht dieses darauf, daß das Kind, als sui iuris, auch wohl im Testament einen heres extraneus eingesetzt haben könne, welches bey dem Vater, in dessen Gewalt sich das verstorbene Kind befand, nicht Statt finden kann [50]). Der griechische Scholiast [51]) be-

49) Man sehe hier vorzüglich *Sc.* Gentilis c. l. pag. 84 sqq.

50) S. Cujacius Exposit. Nov. XXII. und Gentilis c. l. pag. 88 sq.

51) *Basilica* Tom. IV. pag. 490. Sch. h. Επὶ γὰρ τοῦ πατρὸς ὑπεξουσίου τοῦ παιδὸς ὄντος, καὶ μὴ δυναμένου διατίθεσθαι ἐν τοῖς ἀπροσπορίστοις, κληρονόμος ἐξωτικὸς ὀυκ ἔστι. σημείωσαι δὲ διὰ τὸ μὴ ἔχειν τὴν μητέρα τοὺς παῖδας ὑπεξουσίους, ἐξωτικὸν πρόσωπον καλεῖσθαι. νόει δε οὕτως εἰ διαζυγίῳ ἀποσταίη τοῦ ἀνδρός. τοτε γὰρ ζῶσα καλεῖται συγκληρονομῆσαι τοῖς παισὶ τοῦ τελευτήσαντος παιδὸς κλῆρον δευτερογαμοῦντος ἀνδρὸς, ὡς ἴιγε μὴ διαζύγιον ἐγένετο, πάντως ἂν ὁ γάμος οὐκ ἐλύετο, εἰ μὴ θανάτῳ μόνῳ· ἀλλὰ διαζυγίου γεγονότος, εἰκότως καὶ ἡ μήτηρ ὡς περιοῦσα κληρονομεῖ. i. e. *Nam patre superstite, cum filius, in cuius potestate est, ne de his quidem bonis, quae patri non acquiruntur, testamentum facere possit, extraneus heres non est. Nota autem matrem, quod filios in potestate non habeat, vocari personam extraneam. Sic autem intellige, si divortio seiuncta sit a marito: tunc enim vivens cum filiis vocatur ad hereditatem filii defuncti, si maritus secundam uxorem duxerit: nam si divortium factum non fuisset, sola morte diremtum esset matrimonium: sed divortio facto, merito quoque mater succedit, quod superstes sit.*

merkt noch, daß wenn die Mutter vom Vater geschieden worden, sie selbst eine persona extranea genennt werden könne, und dem verstorbenen Kinde mit den Geschwistern desselben ab intestato succedire.

Am Schluße des Kap. 26. §. 1. fügt Justinian noch hinzu, daß es in Absicht auf die lucra nuptialia, welche durch den Uebertritt zur zweyten Ehe des überlebenden Ehegatten an die Kinder der ersten Ehe fallen, gleichviel seyn solle, ob sie Erben der Eltern geworden sind, oder nicht. Sie müssen sich nur nicht durch Undankbarkeit dieser gesetzlichen Wohlthat unwürdig gemacht haben. Justinian sagt nämlich §. 1. nach Hombergk.

In ea quoque lucra, quae liberi capiunt, parentibus secundas nuptias contrahentibus, non curiose inquirimus, utrum heredes sint parentis ante vel postea mortui, vel an quidam heredes sint, quidam vero non. Sed quemadmodum antea [52]) diximus, *praemium ipsis datum, aequaliter illi quidem, qui superstites sunt, accipient, cum ipsis vero etiam liberi illius, qui mortuus est, parentis sui partem capient, ubique tamen ingratitudo, sicut antea quoque diximus, filio impedimentum, quantum ad lucrum illud, afferat.* Leges enim in

52) S. *Cap.* 20. §. 2. *in fine.* Atque haec filiis *tanquam praecipuum aliquod praemium* ex nostra lege dabuntur, *etsi patri aut matri, aut utrique heredes non sint, vel quidam ex illis hereditatem adeunt, quidam vero recusent;* — quare si ipsis praemium lege delatum est, nullo additamento confundatur, neque minuatur, *nisi ipsi liberi suae diminutionis causam praebeant.*

ingratos latas non transgredimur, cum ea re et parentes honoremus, et liberos ad pietatem deducamus. Quemadmodum enim electionem prohibuimus, et omnibus ex aequo praemia illa dedimus, ita, quae ad ingratitudinem pertinent, non tollimus. Manifestum autem est, quod is debeat *ingratus* intelligi, qui vel in utrumque parentem, vel omnino in eum, qui posterior mortuus est, talis fuisse aperte demonstretur.

Noch blieben die lucra nuptialia ein unwiederrufliches Eigenthum des überlebenden Ehegatten, worüber derselbe nach Willkühr verfügen konnte, wenn er nicht wieder zur andern Ehe schritt. Nur, wenn letzteres geschahe, gieng das Eigenthum auf die Kinder über, und dem sich wieder Verheyrathenden blieb nur der Nießbrauch auf Lebenszeit, bis auf einen gewißen Theil, den der parens binubus aus der Verlassenschaft eines vor ihm verstorbenen Kindes erster Ehe nach dem Ehevertrage auf den Fall eigenthümlich erhielt, da keine Kinder vorhanden sind. Dieses Letztere bestätigte nun zwar Justinian nochmals in der Novelle *LXVIII.* vom J. 538. allein in Ansehung der lucrorum nuptialium machte der Kaiser in der Nov. *XCVIII.* vom J. 540. die wichtige Abänderung, daß das lucrum dotis in Ansehung des überlebenden Ehemannes, so wie das lucrum donationis propter nuptias in Ansehung der überlebenden Ehefrau, den Kindern erster Ehe schlechterdings erhalten werden solle, der überlebende Ehegatte schreite zur andern Ehe oder nicht, und nur der lebenslängliche Nießbrauch soll ihm davon verbleiben.

Quam ob rem sancimus, sagt Justinian Kap. 1. si mulier moriatur, et maritus dotem lucretur,

ut illa liberis omnino servetur, sive secundas nuptias contraxerit, sive non: contra ea, si vir moriatur, mulier vero donatione ante nuptias fruatur, ut illa quoque omni modo lucra donationis ante nuptias omnibus liberis suis servet, et ususfructus quidem lucrorum nuptialium penes eos sit, dominium vero liberis illorum omni modo servetur, et quae de parentibus secundas nuptias contrahentibus sancita sunt, in suo ordine custodiantur. Atque hoc obtineat in matrimoniis, quae quocunque modo ex hodierna die, et omni futuro tempore solventur: nec non in matrimoniis, quae soluta quidem sunt vel morte, vel alio quocunque modo, adhuc vero durant, eo, quod unus adhuc superstes sit.

Diese Verordnung hat **Justinian** in der Nov. *CXXVII.* Kap. 3. vom J. 548. zu Gunsten des überlebenden Ehegatten dahin endlich abgeändert, daß wenn derselbe, er sey die Mutter oder der Vater, nicht wieder heyrathet, außer dem Nießbrauche, noch einen **Kindestheil** an der donatio propter nuptias oder der dos haben solle.

Quoniam vero et mulieres ad secundas nuptias non venientes, praecipuo aliquo prae iis, quae secundo nubunt, dignas esse existimamus: sancimus, si quae viro amisso secundis nuptiis abstineat, ut illa usumfructum quidem donationis ante nuptias habeat, (quemadmodum antea etiam sancivimus) habeat vero illa et proprietatis tantum, quantum filiorum quantitas faciat, ut secundum illa et dominii iure unius ex liberis personam gerere videatur. *Haec autem non solum in matribus obtinere iubemus, sed et in patribus, ce-*

terisque ascendentibus volumus, qui secundas nuptias non contraxerunt.

Hat der Mann seiner Frau, oder die Frau dem Manne blos den Nießbrauch von gewissen Gütern in einem letzten Willen hinterlassen, so gieng zwar vor Justinian auch sogar dieser Usufruct durch den Uebertritt zur zweyten Ehe verloren[53]; allein dieses hat Justinian durch die Novelle *XXII.* Kap. 32. abgeändert. Hier heißt es:

53) Dieß hatten zuerst die Kaiser Valentinian, Theodos und Arcadius *L. un. Cod. Si secundo nupserit mulier* vom J. 392. verordnet. Ob nun gleich diese Constitution ausdrücklich sagt, dieses gelte nicht de usufructu *rerum ante nuptias donatarum*, sondern es solle hier das beobachtet werden, quae *anteriores constitutiones* decreverunt; so scheint dennoch dieselbe mißverstanden worden zu seyn. Denn die Kaiser Arcadius und Honorius fanden sich bewogen, in einer neuern Verordnung nämlich *L. un. Cod. Theod.* eod. Tit. vom J. 398. nochmals zu bestimmen, daß die Frau nur den ihr in einem letzten Willen hinterlassenen Nießbrauch, nicht aber den usus fructus an den rebus ante nuptias donatis verlieren solle, welche beyde Arten des Usufructs nicht mit einander vermischt werden dürften; und dieses haben nachher die Kaiser Honorius und Theodos *L. 5. Cod. Theod. de secundis nupt.* vom J. 412. nochmals eingeschärft. S. *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Tit. X. libri V. Cod. Si secundo nupserit. mulier. *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. un. Cod. Theod. Si sec. nupserit. mul. Tom. I. *Cod. Theod.* pag. 328. *edit. Ritter.* *Scip.* Gentilis lib. de secundis nuptiis. Cap. XV. und von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Constantin I. bis auf Theodos II. und Valentin. III. Wetzlar 1811. 8. S. 70. Not. 1.

Si vero aut vir uxori aut uxor viro solum bonorum usumfructum testamento dederit, vetus quidem lex dicebat, si pater vel mater ad secundas nuptias venerint, eos statim relictum usumfructum amittere, quemadmodum antea etiam proprietatem amittebant, illumque statim liberis restituere debere: si vero impuberes forte liberi essent, etiam cum fructibus medii temporis. Id enim legi visum est. Nobis vero hoc non admodum placuit, sed volumus, *si ususfructus, vel ex liberalitate, vel mortis causa donatione datus, vel etiam inter vivos illis casibus, quibus donare licet, relictus fuerit, et, qui eum accepit ad secundas nuptias venerit, ut etiam sic ususfructus maneat, donec superstes fuerit is, qui usumfructum habet, nisi is, qui donationem, uti dictum est, fecit, vel eam reliquit, sive mas sit, sive foemina, expresse dixerit se velle, ut si is, qui usumfructum accepit, ad secundas nuptias transierit, ille amittatur, et ad proprietatem suam revertatur.* Sed haec de iis dicimus, quae ex liberalitate data sunt.

Nach dieser neuesten Verordnung behält also der überlebende Ehegatte den Nießbrauch auch denn, wenn ihm weiter nichts als dieser von dem verstorbenen Ehegatten war hinterlassen worden, wofern nicht der verstorbene Ehegatte ausdrücklich erklärt hat, daß der Ueberlebende auch diesen Nießbrauch verlieren solle, wenn er zur andern Ehe schreiten würde. Jedoch ist eine solche Erklärung ungültig, wenn dem überlebenden Ehegatten blos der Nießbrauch von der dos oder der donatio propter nuptias gegeben worden ist, wie das folgende *Cap. 33.*

sagt: Si tamen *in dotem* vel *donationem propter nuptias* rerum ususfructus datus sit, nihil plane innovamus, sed, quae iam sancita sunt, obtineant, et *quoad vivent, apud eos, qui eum acceperunt, maneat,* etsi vel millies defuncti contrarium velint. *Lucrum enim a lege datum privatus nulla ratione auferre potest.*

Noch ist merkwürdig, was Justinian in eben dieser Novelle in Ansehung des Erbrechts des überlebenden Ehegatten verordnet hat, wenn er einem Kinde erster Ehe mit den Geschwistern desselben succedirt, und zur andern Ehe schreitet. Indem er nämlich dasjenige wieder aufhebt, was er darüber in der Novelle 2. Kap. 3. mit Aufhebung der ältern Gesetze verordnet hatte, macht er Kap. 46. der Nov. XXII. einen Unterschied, ob das Kind ein Testament gemacht, und darin der Mutter sein Vermögen oder einen Theil desselben hinterlassen hat, oder ob dasselbe ohne Testament verstorben ist. Im ersten Falle soll die Mutter an dem, was ihr hinterlassen worden ist, Eigenthum und Nießbrauch haben, und ihre Wiederverheyrathung soll ihr hier ganz unnachtheilig seyn, das Vermögen des verstorbenen Kindes rühre vom Vater, oder von Andern her. Stirbt aber das Kind ohne Testament, so soll zwar die Mutter, auch wenn sie schon in der zweyten Ehe lebt, mit den Geschwistern des verstorbenen Kindes ab intestato nach den Köpfen erben, jedoch mit dem Unterschiede, daß sie in Ansehung desjenigen Vermögens, was von dem Vater auf das Kind gekommen ist, nur den Nießbrauch haben, in Ansehung des übrigen Vermögens aber es bey der früheren Constitution sein Bewenden haben solle. Jedoch soll auch dieses neuere

Gesetz nur von solchen Gütern des Kindes gelten, welche nicht zur donatio propter nuptias gehören. Denn in Ansehung derselben verbleibt es bey dem, was Justinian davon in den vorhergehenden Kapiteln dieser Novelle verordnet hat.

Ad aliam hinc vocamur tractationem, sagt Justinian, de liberorum scilicet successione, quam habent, quae secundas nuptias contracturae sunt. Ac de his quidem a nobis iam lata est lex[54]), — qua sancivimus, ut matres ad hereditatem filii, qui liberos non reliquit, cum ipsius defuncti fratribus sine controversia vocentur, ac una cum usufructu etiam proprietatem illius firmiter habeant, sive ante, sive post delatam hereditatem secundas iniverint nuptias, abrogatis per illam legibus, quae de his contrarium statuebant. Atque haec nostra lex, ut etiam nunc in iis solum rata maneat sancimus, quae iam secundum matrimonium contraxerunt. — De his vero, quae imposterum secundas nuptias contrahunt, haec lex nostra disponat, et sanciat. Necesse itaque est, ut proles sive mascula sive foemina moriens, vel testata, vel intestata decedat. Cum igitur de testamentis dixerimus, ad ordinem ab intestato perveniemus.

§. 1. Si igitur filius *legitime testatus* matri substantiam, vel etiam aliquam illius partem reliquerit, hanc ipsa propter scripturam capiat, (quoniam ubivis voluntates defunctorum servari volumus,) *et in eo, quod relictum, vel datum est, tam*

54) *Nov.* 2. *Cap.* 3.

dominium, quam usumfructum habeat. Quemadmodum enim extraneo alicui quid relinquere licebat, nec heredi illius secundae nuptiae quidquam nocebant; ita etiam is, eave, quae matri hereditatem aut legatum relinquit, recte quoad proprietatem et usumfructum relinquet, sive sit ex iis rebus, quae extrinsecus illi obvenerunt, sive etiam ex bonis paternis: nec fratres huic rei contradicere possint.

§. 2. Sin vero filius intestatus moriatur, et mater secundas nuptias iam contraxerit, aut postea contrahat, ipsa quidem cum filii, vel filiae fratribus in capita ab intestato ad illius successionem vocetur. Quaecunque autem *ex paterna substantia* ad filium pervenerunt, *eorum solum usumfructum habeat*, sive ante, sive postea secundas nuptias contraxerit. Ad reliqua vero omnia bona, quae filius *praeter paternam successionem* extrinsecus habebat, veniat secundum constitutionem nostram, quam ipsam quoque correctione aliqua indigere statim dicemus. Atque haec de iis rebus dicimus, *quae sunt extra donationem ante nuptias.* Nam quae a nobis, et insuper *Leonis* piae memoriae constitutione de illis sancita sunt, in quibus sola mater usumfructum habet, illibata servamus.

Warum hier blos der Mutter gedacht wird, und nicht auch des Vaters, hat wohl seinen Grund darin, weil derselbe damals noch kein Intestaterbrecht mit den Geschwistern des verstorbenen Kindes hatte, welches er erst nachher durch die Novelle 118. erhielt. Daß aber das Gesetz nun auch auf den Vater auszudehnen sey, hat keinen Zwei-

fel, nachdem einmal Justinian in dieser Novelle selbst Kap. 23. die allgemeine Regel aufgestellet hat, daß die Folgen der zweyten Ehe auf beyden Seiten gleich seyn sollen. Diese Meinung hat auch den Beyfall der berühmtesten Rechtsgelehrten [55]), so wie die Stimme der Praxis für sich [56]).

Noch ist zu bemerken, daß den Kindern der zweyten Ehe, als Aequivalent für jenen Erwerb der Kinder der ersten Ehe, dasjenige dagegen ausschließlich verbleibt, was der gemeinschaftliche Parens aus dem Vermögen des vor ihm verstorbenen zweyten Ehegatten jedoch nur durch die donatio propter nuptias oder durch das Heyrathsgut lucrirt hat, wenn auch derselbe zu keiner weitern Ehe geschritten ist. Dieses verordneten zuerst die Kaiser Honorius und Theodos *L. 4. C. de secund. nupt.* (vom J. 422.) [57]). Nos enim hac lege id praecipue custodiendum esse decernimus, *ut ex quocunque coniugio suscepti*

55) Außer den ältern Rechtsgelehrten Accursius, Cynus, Salicetus, welche Gentilis de secund. nupt. Cap. 13. pag. 90. anführt, gehören hierher Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 102. *Car. Gottl.* Knorre Diss. de iure coniugis nuptias iterantis in bonis propriis et a priori coniuge quaesitis. *Halae* 1756. Cap. IV. §. 2. Koch Success. ab int. §. 24. pag. 60. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 514. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 625. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 393. u. a. m.

56) S. meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 154. S. 592 f. der neuesten Ausgabe. (Erlangen 1822.)

57) S. Cujacius Recitation. solemn. in Cod. ad L. 4. de secund. nupt.

filii, patrum suorum sponsalitias retineant facultates. Justinian bestätigte diese Verordnung, und erweiterte sie in der Novelle *XXII.* Kap. 29.

Sed neque illud praetermittendum est, quod *Theodosius Iunior* piae memoriae recte constituit, inquiens: *si mulier susceptis liberis secundas nuptias contrahat, eique alii exinde nascantur liberi, deinde secundus etiam maritus moriatur, propria quidem illius bona liberi, qui ex utroque matrimonio suscepti sunt, accipient, et ex aequo, si mater intestata decesserit, divident, utraque vero proles donationem ante nuptias proprii sui parentis capiet.* Et liberi prioris matrimonii donationem illius in solidum lucrabuntur, ex secundis quoque nuptiis nati in solidum liberalitate ab illo profecta fruentur, etsi ad tertium matrimonium non venerit. Quid enim hoc prioribus prosit? aut cur priores liberi secundis invideant, quod et illi tertiis nuptiis laesi non sint? *Et in summa quaelibet proles patris sui donationem propter nuptias accipiat, et cum priores liberi propter secundas nuptias illam accipiant, secundi etiam omnimodo eam habeant, etsi, quae secundo nupsit, ad tertias nuptias non venerit, ne videantur quoad hoc fratribus inferiores esse.* Ex hac vero rerum consequentia idem quoque in *patribus* secundas nuptias ineuntibus obtineat, *et dos lucrata liberis quidem prioris matrimonii propter secundas nuptias, secundis vero liberis ex secundis nuptiis servetur, etsi pater tertium matrimonium non contraxerit.*

§. 1. Reliqua vero, quae pater vel mater ex secundis nuptiis vel per legatum, vel fideicom-

missum lucrati sunt, nec tamen tertias contraxerunt nuptias, haec substantiae eorum commixta, et a tertio matrimonio non concussa, apud ipsos immota maneant, et tanquam propria ad successores eorum perveniant, atque a superstitibus eo, quo voluerint modo, administrentur.

Es erhellet also aus diesen letztern Worten, daß nicht alles Vermögen, was der parens binubus durch die zweyte Ehe lucrirt hat, den Kindern der zweyten Ehe ausschließlich zukommen solle, sondern was der Vater oder die Mutter durch ein Vermächtniß des zweyten Ehegatten, oder sonst, außer der dos oder donatio propter nuptias, aus dem Vermögen desselben erworben hat, soll zu dem gemeinschaftlichen Vermögen gehören, in welches beyder Ehen Kinder zugleich succediren, wenn der parens binubus nicht zur dritten Ehe geschritten ist.

2) Der in der zweyten Ehe lebende Parens, er sey Vater oder Mutter, Großvater oder Großmutter, kann dem andern Ehegatten, der Stiefmutter, oder Großmutter, oder dem Stiefvater oder Großvater der Kinder oder Enkel, weder unter den Lebenden noch von Todeswegen, weder als dos oder donatio propter nuptias, noch unter irgend einem andern Titel, mehr zuwenden, als er einem der Kinder erster Ehe, und zwar, wenn ungleiche Theile gemacht sind, demjenigen Kinde hinterläßt, welches am Wenigsten erhält, wodurch denn aber freylich der Pflichttheil dieses Kindes nicht verkürzt werden darf. Was mehr gegeben worden ist, ist ungültig, und fällt auf die Kinder der ersten Ehe, unter welche es gleichmäßig vertheilt werden soll. So weit geht die merkwürdige Verordnung der Kaiser Leo und Anthemius vom Jahre 469. welche nur

immer nach den Anfangsworten *Lex Hac edictali* angeführt zu werden pflegt. Es ist die *L. 6. Cod. de secund. nupt.* folgenden Inhalts [58]).

Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si ex priore matrimonio procreatis liberis pater materve ad secunda, vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit: non sit ei licitum, novercae, vel vitrico, testamento, vel sine scriptura, seu codicillis, hereditatis iure, sive le-

58) Diese *L. 6. C. de sec. nupt.* ist vorzüglich erläutert worden von *Jac.* CUJACIUS Recitat. solemn. ad Tit. IX. libri V. Cod. de sec. nupt. h. L. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad h. L. 6. pag. 379 sq. *Scip.* GENTILIS de secundis nuptiis. Cap. XVI. p. 104 sq. *Conr.* RITTERSHUSIUS Jur. Justinian. P. IV. Cap. 5. *Rud. Christph.* HENNE Diss. de coniuge binubi vel binubae ex bonis huius non plus capiente, quam aliquis liberorum prioris matrimonii minimam portionem accipiens. *Erfordiae* 1749. *Car. Gottl.* KNORRE Diss. de iure coniugis nuptias iterantis in bonis propriis et a priori coniuge quaesitis. *Halae* 1756. *Jo. Bernh.* HOFFER Comment. acad. de Lege VI. Hac Edictali Cod. de secundis nuptiis ad Germanorum mores caute applicanda. *Altdorfii* 1759. *Jo. Henr.* FABER Diss. sistens quasdam observationes ad L. Hac edictali 6. Cod. de secund. nupt. *Argentorati* 1761. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de restricta de bonis suis in favorem secundi coniugis disponendi facultate. *Gött.* 1768. (in *Electis iur. civ.* Tom. II. Exercit. XII. pag. 547 sqq.) und Joh. Andr. Lenz Bemerkungen über das Erbrecht des zweyten Ehegatten; besonders in Rücksicht auf den heutigen Gebrauch der L. hac edictali 6. Cod. de secund. nupt. und der Nov. 22. Cap. 27. Tübingen 1781. 8.

gati, sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis, aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione, conferre, nec inter vivos conscribendis donationibus, (quae etsi constante matrimonio civili iure interdictae sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent,) quam filio, vel filiae, si unus, vel una extiterit. Quodsi plures liberi fuerint, singulis aequas partes habentibus minime plus, quam ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamve transferri. Sin autem non aequis portionibus ad eosdem liberos memoratae transierint facultates: tunc quoque non liceat plus eorum novercae, vel vitrico, testamento relinquere, vel donare, seu dotis, vel ante nuptias donationis titulo conferre, quam filius, vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta, vel data fuerit, aut donata: ita tamen, ut quarta pars, quae eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex his causis, quae de inofficioso excludunt querelam. Quam observationem in personis etiam avi, vel aviae, proavi et proaviae, nepotum, vel neptium, item pronepotum et proneptium, sive in potestate, sive emancipati emancipataeve sint, ex paterna, vel materna linea venientibus, custodiri censemus. Sin vero plus, quam statutum est, aliquid novercae, vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit, id quod plus relictum, vel donatum, aut datum fuerit, tanquam non scriptum, neque derelictum, vel donatum aut datum sit, ad personas deferri liberorum, et inter eas dividi iubemus: omni circum-

scriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocunque modo fuerit excogitata, cessante.

In eben diesem Gesetz, wird auch noch, um den Kindern der erstern Ehe die lucra nuptialia zu sichern, §. 1. u. 2. folgende Vorsicht getroffen, wenn die Mutter zur zweyten Ehe schreitet. Es soll nämlich darauf ankommen, ob die lucra nuptialia in Immobilien, Sclaven, oder auch Renten (annonae civiles)[59]) bestehen; hier soll sie die

59) Die *annonae civiles*, von deren ususfructus in dem §. 1. *Legis* 6. die Rede ist, welche auch *annonae civicae* genannt werden, waren eine Gerechtigkeit, welche auf gewissen Häusern in den beyden Residenzstädten der römischen Kaiser, Rom und Constantinopel, ruhete, vermöge welcher den Besitzern derselben zu gewissen Zeiten öffentlich eine gewisse Anzahl von Broden von den dazu bestimmten Bäckern, welche mancipes hießen, (*L.* 18. *C. Theod. de pistoribus. L.* 2. *et* 3. *Cod. Th. de frumento urb. Constantinopol. L.* 4. *C. Th. de executorib.*) täglich und unentgeldlich ausgetheilt wurde. Dieses Privilegium führte zuerst der Kaiser Constantin der Große ein, um die Bürger dadurch zur Erbauung neuer Häuser aufzumuntern. Es wurde nachher noch vom K. Theodos dem Großen erweitert. *L.* 9. 10. 11. *et* 12. *Cod. Theod. de annonis civic.* Es ruhete aber blos auf Häusern, und konnte davon nicht getrennt werden. *L.* 1. 5. 11. 12. *et* 13. *Cod. Theod. de annonis civicis.* (XIV. 17.) Daher wird diese Gerechtigkeit in *L.* 2. *Cod. Theod. de frum. urbis Constantinop.* annona in pane cocto *domibus* exhibenda, und die annonae werden panes aedium, aedificiorum panes genennt. *L.* 1. *L.* 5. *C. Th. de annonis civic.* Hieraus erklärt sich, warum die annonae civiles in unserer L. 6. zu den unbeweglichen Sachen gezählt werden. S. *Jac.*

Sachen in Händen behalten, und so lange sie lebt, benutzen; aber ohne Veräußerungsrecht. Bestehen aber die lucra in andern beweglichen Sachen, so sollen sie durch verpflichtete Taxatoren, welche jeder Theil vorschlagen kann, geschätzt, und der Mutter dafür überlassen werden, wenn sie Bürgen stellt, daß sie dieselben oder ihren Werth den überlebenden Kindern oder Enkeln restituiren werde. Stellt sie diese Bürgschaft nicht, so können die Kinder den Besitz dieser Sachen verlangen, wenn sie der Mutter Zinsen zu vier Procent, und das Vermögen selbst auf den Fall, daß sie alle vor ihr versterben sollten, durch Caution sichern. Können aber oder wollen beyde Theile keine Bürgen stellen, so kommen oder bleiben die lucra nuptialia in den Händen der Mutter, so lange sie lebt, und dieß um so mehr, da ihr Vermögen von dem Augenblick an, wo sie in den Besitz dieser Sachen gekommen ist, dafür ihren Kindern verpfändet seyn soll.

Cujacius Recitat. solemn. in §. 1. L. 6. Cod. Just. de secund. nupt. und *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 2. Cod. Th. de frum. urb. Constant. Tom. V. *Cod. Theodos.* pag. 262. edit. *Ritter.* Zur Vertheilung dieser Brode waren an mehreren Orten der Stadt gewisse mit Stufen versehene erhabene Plätze bestimmt, damit kein Unterschleif vorgehen möchte. Diese Plätze hießen gradus, und davon wurde diese kaiserliche Wohlthat selbst panis gradilis genennt. *L.* 2. 3. 4. 5. 6. *Cod. Th. de annonis civicis et pane gradili.* S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 2. Cod. Theod. de ann. civ. Tom. V. pag. 267. sqq. Die Austheilung des Brods geschahe unter öffentlicher Aufsicht des Praefecti urbis, und Praefecti annonae. L. 1. 2. 3. 6. 7. 8. 9. 10. 11. et 12. C. Th. eodem.

Justinian hat diese Verordnung zum Theil bestätiget, zum Theil noch näher bestimmt nämlich in der Novelle *II.* Kap. 4. und Nov. *XXII.* Kap. 27. und 28. Die erstere betrifft den letztern Theil unsers Gesetzes, die letztere aber den ersten Theil desselben. In dem Kap. 27. wiederholt Justinian die Constitution des Kaisers Leo jedoch mit beygefügten näheren Bestimmungen.

Optime vero divae memoriae Leo, quae ad donationes pertinent, quas in secundas nuptias conferunt, qui eas contrahunt, nobis considerasse videtur. Dicit enim, si ex priore matrimonio parentes habeant liberos, deinde secundum vel sequens matrimonium ineant, quod neque patres in novercam, nec matres in vitricum quamcunque liberalitatem inter vivos conferre, vel mortis causa quid relinquere possint, nisi tantum, quantum unus filius aut filia, si solus sit, a parente habet. Si vero plures sint liberi, et singuli aequalem habeant partem, vitricus vel noverca non plus accipiant, quam ad singulos pervenit. Sin autem inaequalia sint ea, quae relicta sunt, necesse sit, ut ad novercam vel vitricum ex quacunque liberalitate parentis tantum veniat, quantum filius, qui *minimum* habet, (*ὁ τὸ ἐλάχιστον* [60]) *ἔχων*) ex bonis illius vel ultima voluntate relictum, vel etiam inter vivos datum capit: scilicet veteri illa quarta, *nunc vero tertia, vel dimidia parte, secundum legem nostram liberis omnino relinquenda aut*

60) So haben die *Basilica* Tom. IV. pag. 463. und dieß ist allerdings richtiger, als *ὁ τὸ ἔλαττον* bey Haloander.

danda[61]), nisi rursus ingratitudinis ratio obstet[62]): eodemque observando in avo et avia, proavo et proavia atque nepotibus masculis et foeminis item que pronepotibus, sive forte sub potestate, sive emancipati sint, et ex paterna vel materna linea descendant. Cumque hoc definiisset, recte intulit, ut id, *quod ultra illum modum*[63]), *vel novercae, vel vitrico relictum aut datum est*, quasi neque scriptum, neque relictum, neque datum aut donatum sit, *liberis competat, atque inter hos solos ex aequo dividatur.* Nam quod liberi etiam ex secundo matrimonio suscepti, partem ex his capere debeant, id quidem in constitutione quadam scriptum est[64]), nobis tamen iam non placet: sed liberis ex priori matrimonio natis, propter quos etiam id observabatur, solis detur, nullaque machinatio, neque per suppositas personas, neque ex alia causa adhibeatur. Id vero quod redundat, liberi, qui erga parentes se gratos praebuerunt, inter se divident: non qui erga eos ingrati pro-

61) Die Worte *η διδομένης* stehen in den Basiliken nicht, und musten nothwendig weggelassen werden, weil nach der neuern *Nov.* 115. Cap. 3. der Pflichttheil den Kindern anders nicht, als erbrechtlich hinterlassen werden kann.

62) Haloander *ἐναντιῷτο. Basilica ἐναντιώσει.*

63) Sowohl die *Basilica* T. IV. pag. 464. als Haloander haben *τοῦτο πλέον*. Homberg hält diese Leseart für fehlerhaft, und substituirt: *το πλεῖον τοῦ* etc.

64) Justinian meint hier seine eigne Constitution, nämlich die *L.* 9. *pr. Cod. de secund. nupt.* welche er hier wieder aufhebt.

bantur, et eiusmodi ingratitudinis rei sunt, quam leges requirunt. Tales enim etiam lucro illo privamus, ne forte spe adquirendae possessionis illius affulgente, contra parentes veniant, et animo efferantur, atque naturae leges violent [65]). Manifestum vero est, hoc quoque casu, si quis eorum, ad quos id, quod redundat, deferebatur, liberis existentibus moriatur, quod liberi defuncti, pro numero quidem illorum, attamen pro defuncti portione id capient.

Zur Erläuterung dieser merkwürdigen Verordnung bemerke ich Folgendes.

I. Die Verordnung geht jeden überlebenden Ehegatten an, wenn er sich in eine neue Ehe begiebt, sie sey die zweyte oder dritte, und Kinder aus der vorigen Ehe hat. Sind keine Kinder vorhanden, so kann er dem neuen Ehegatten soviel von seinem Vermögen zuwenden, als er will. Denn sie gereicht blos den Kindern der vorigen Ehe zum Vortheil. Der in der zweyten oder wiederholten Ehe lebende Ehegatte kann also der überlebende Vater oder die Mutter seyn. Ja es kann auch ein entfernterer Ascendent seyn, es kann der Großvater oder die Großmutter, der Urgroßvater oder die Urgroßmutter seyn. Eben so werden unter den Kindern der vorigen Ehe alle Descendenten verstanden, ohne Unterschied des Grades und Geschlechts, also nicht blos Söhne und Töchter, sondern auch Enkel und Enkelinnen, Urenkel und Urenkelinnen. Es ist auch in Ansehung derselben kein Unterschied, sie mögen aus einer oder mehreren

65) Eben dieses hatte Justinian auch schon in einer früheren Verordnung, nämlich *L.* 10. *Cod. de secund. nupt.* bestimmt.

vorigen Ehen von dem sich wieder verheyrathenden Ehegatten erzeugt seyn, sie mögen noch in der väterlichen Gewalt, oder aus derselben befreyt seyn, mögen von der väterlichen oder mütterlichen Linie abstammen.

II. Die Tendenz der vom Kaiser Justinian bestätigten Verordnung des Kaisers Leo besteht in der Beschränkung der Freygebigkeit des in der zweyten Ehe lebenden Ascendenten gegen den neuen Ehegatten, aus heilsamer Vorsorge für die Kinder der vorigen Ehe, um dadurch zu verhüten, daß kein Ehegatte, welcher in der zweyten Ehe lebt, aus zu großer Anhänglichkeit für seinen neuen Ehegatten, zum Nachtheil seiner Kinder erster Ehe, über sein Vermögen Etwas verfügen möge. Schon Gajus[66]) erkannte die Nothwendigkeit einer solchen Einschränkung, in Beziehung auf letzte Willensverordnungen, welche wegen der gefährlichen Schmeicheleyen der Stiefmütter, wodurch sie insgemein die Väter gegen ihre leiblichen Kinder einzunehmen pflegen, nicht selten zum Nachtheil der letztern ausfallen, wenn er sagt: Non est consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne *cirsa sanguinem suum* inferentes iudicium, *novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti.* Die Einschränkung, welche das Gesetz dem Dispositionsrechte des in der zweyten Ehe lebenden Ascendenten über sein Vermögen vorschreibt, besteht nun im Allgemeinen darin, daß er dem neuen Ehegatten auf keine Weise, weder unter den Lebenden, noch von Todes wegen, es sey, unter welchem Titel es wolle, mehr zuwenden oder hinterlassen kann, als einem Kinde der vorigen Ehe, und, wenn mehrere solcher Kinder vor-

66) *L. 4. D. de inoff. testam.*

handen sind, der Stiefparens mehr nicht erhalten soll, als das Kind, welches am wenigsten bekommt. Das Maximum, welches dem Stiefparens zugewendet werden kann, wird also nach demjenigen bestimmt, und abgemeßen, was ein Kind der vorigen Ehe aus dem Vermögen seines Vaters, oder seiner Mutter erhält. Das Gesetz giebt nun drey Fälle an. a) Es ist nur ein Kind aus voriger Ehe vorhanden. Hier kann der Stiefvater, oder die Stiefmutter nicht mehr bekommen, als diesem Kinde hinterlassen worden ist. b) Es sind mehrere Kinder aus voriger Ehe da, welche alle einen gleichen Theil aus dem Vermögen ihres Vaters oder ihrer Mutter erhalten. Hier kann der Stiefparens nicht mehr, als einen Kindestheil, bekommen. c) Den Kindern der vorigen Ehe sind ungleiche Theile ausgesetzt. Hier bestimmt die *minor portio* des Kindes, wieviel dem Stiefparens hinterlassen werden kann. Diese geringere Portion ist nun aber nicht nach der willkührlichen Bestimmung des über sein Vermögen verfügenden Parens, sondern nach der Größe des dem Kinde gebührenden Pflichttheils zu berechnen, weil die Eltern den Kindern nicht weniger hinterlassen können. Beyde angeführten Gesetze sagen dieses auch ausdrücklich, nur daß K. Leo die Größe des Pflichttheils noch nach dem ältern Recht, Justinian aber dieselbe nach seiner neuern Constitution [67]) bestimmt. Es treten denn auch hier die Grundsätze von der Berechnung des Pflichttheils ein, welche bey den Enkeln, wie schon an einem andern Orte [68]) ausge-

67) *Nov. XVIII. Cap.* 1.

68) S. den 7. Th. dieses Commentars §. 544. S. 60 ff. Man vergleiche auch *Jo.* Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 134.

führt worden ist, nicht nach den Köpfen, sondern nach den Stämmen berechnet wird, wenn auch die Enkel nur von einem einzigen Sohne der ersten Ehe wären hinterlassen, und diese in ungleichen Theilen wären eingesetzt worden [69]. Es lassen sich nun hier zwey Fälle gedenken. α) Der Theil des Kindes, welches am Wenigsten erhält, beträgt wenigstens soviel, als der Pflichttheil desselben. Hier kann der Stiefparens nicht mehr, als eine gleiche Portion, verlangen. β) Er beträgt weniger. Hier kann der Stiefparens von dem, was ihm hinterlassen worden ist, wenigstens soviel mit Recht verlangen, als der dem Kinde gebührende Pflichttheil beträgt, wenn sich auch das Kind mit der ihm ausgesetzten geringeren Portion begnügen lassen wollte. Denn das Kind kann dadurch dem Rechte seines Stiefparens nichts vergeben [70].

III. Die Portion des Stiefparens ist aus der ganzen Vermögens-Masse des parens binubus zu bestimmen, und es ist ein Irrthum, wenn mehrere ältere Rechtsgelehrten [71] behauptet haben, die Kinder der erstern Ehe könnten zuvor den Pflichttheil abziehen [72]. Nur wenn eins dieser

69) Anderer Meinung ist zwar *Ge. Lud.* Boehmer cit. Diss. §. 7. in fin. Allein man sehe meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 35. S. 129 ff.

70) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 130. Boehmer cit. Diss. §. 7. Lenz angef. Bemerkungen §. 8.

71) Fachinaeus Controversiar. iur. Lib. III. cap. 70. Menochius Consil. LXXVI. nr. 13. Socinus Consil. XXXV. Vol. IV. denen auch Faber cit. Diss. Beyfall giebt.

72) S. Gentilis de secundis nupt. Cap. 16. pag. 113 sq. und Voet Comm. c. l. §. 127.

Kinder im Pflichttheile verletzt worden ist, muß solche aus dem Nachlasse ergänzt werden [73]. Außerdem soll durch die Vorsicht des Gesetzes nur verhütet werden, daß der Stiefparens nicht mehr erhalte, als ein Kind der ersten Ehe.

IV. In die dem Stiefparens nach dem Gesetz zukommende Portion wird nun aber nur dasjenige eingerechnet, was derselbe blos durch die Freygebigkeit des verstorbenen Ehegatten erhalten hat, es sey durch eine Disposition unter den Lebenden, oder durch eine letzte Willensverordnung. Ob der Verstorbene sein Vermögen in der vorigen, oder erst in der letzten Ehe erworben hat, darauf kommt nichts an [74]. Genug, wenn es sein eigenes Vermögen ist, und die Uebertragung auf den Stiefparens durch eine Handlung der Freygebigkeit geschieht. Was also der zweyte Ehegatte nicht durch einen lucrativen, sondern onerösen Titel von dem verstorbenen bekommen hat, ist dieser Einrechnung nicht unterworfen [75]. Es darf nur nicht etwa unter einem onerösen Scheintitel eine Freygebigkeit in fraudem legis versteckt seyn. Dergleichen Betrug soll hier durchaus nicht Statt finden [76]. Was der Stiefparens durch die Freygebigkeit eines Dritten, wenn gleich aus den Händen seines Ehegatten, erhielt, gehört auch nicht hierher. Z. B. wenn ein Dritter den Vater zum Erben einsetzte, aber unter der Bedingung, daß nach dem Tode desselben die Erbschaft an

73) Voet c. l. §. 111.

74) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCC. medit. 9.

75) Rittershusius Jur. Justinian. P. IV. Cap. 5. nr. 5.

76) Gentilis c. l. Cap. 16. pag. 110. Lenz angef. Bemerkungen. §. 10. Knorre cit. Diss. Cap. II. §. 5 et 6.

den zweyten Ehegatten fallen solle, so können die Kinder eine solche Freygebigkeit nicht anfechten [77]. Und eben so wenig ist derjenige Erbtheil der Einschränkung des Gesetzes unterworfen, welchen der zweyte Ehegatte zwar aus dem Vermögen des Verstorbenen, aber nicht durch die Freygebigkeit desselben, sondern vermöge der Verordnung des statutarischen Rechts erhält [78].

V. Da das Gesetz blos die Freygebigkeit des überlebenden Ehegatten gegen den zweyten beschränkt, so bleibt demselben unverwehrt, dritten Personen aus seinem Vermögen zu hinterlassen, soviel er will, wenn nur den Kindern der erstern Ehe der Pflichttheil übrig bleibt, und die dritte Person nicht in fraudem legis gebraucht worden ist, um mittelst derselben dem Stiefparens durch ein tacitum fideicommissum zu verschaffen, was das Gesetz ihm zu geben nicht erlaubt [79]. Dieses wird nun zwar nicht vermuthet, wenn der verstorbene Parens den Kindern der zweyten Ehe mehr hinterläßt, als denen der erstern Ehe; denn hier schließt die natürliche Zuneigung gegen diese Kinder allen Verdacht eines Betrugs aus. Hat aber der verstorbene Parens eine solche Freygebigkeit gegen ein Stiefkind bewiesen, so wollen viele [80] eine solche Zuwendung als in fraudem legis geschehen betrachten, weil

77) S. Boehmer cit. Diss. §. 16.

78) S. Voet c. l. §. 122. Boehmer cit. Diss. §. 16. in fin. et §. 18. und Knorre Diss. cit. Cap. III. §. 8.

79) Boehmer cit. Diss. §. 9.

80) *Iac.* Cujacius Recitat. ad L. 6. pr. Cod. de secund. nupt. *Scip.* Gentilis c. l. pag. 115 sq. Leeuwen Censura for. P. I. Lib. III. Cap. IV. nr. 49.

hier jener Grund der Zuneigung wegfälle. Allein da bey einer Handlung, welche an sich den Gesetzen nicht entgegen ist, eine rechtswidrige Intention nie vermuthet werden kann; so würde wohl, nach der richtigern Meinung des Voet [81]), den Kindern der erstern Ehe, welche eine solche Disposition anfechten, der Beweis aufzulegen seyn, daß sie in fraudem legis geschehen sey [82]).

VI. Hat der in der zweyten Ehe lebende Parens die ihm in dem Gesetz vorgezeichneten Gränzen durch irgend eine Disposition überschritten; so ist deswegen nicht die ganze Disposition ungültig, sondern nur das, was mehr gegeben worden ist, ist als nicht geschrieben anzusehen. Dieser Ueberschuß kommt aber nur den Kindern der vorigen Ehe, und wenn Kinder aus mehreren vorigen Ehen vorhanden sind, diesen allen zu gute, nicht den Kindern der letzten Ehe [83]). Zwar hatte K. Justinian die Constitution des Kaisers Leo hierin abgeändert, und verordnet, daß auch diejenigen Kinder, welche in der letzten Ehe wären erzeugt worden, an diesem Ueberschuße Antheil nehmen sollten, wie aus *L. 9. Cod. de secund. nupt.* erhellet. Allein in der Nov. XXII. Kap. 27. in welcher er die Constitution des Kaisers Leo mit vielem Lobe bestätiget, hat er

81) Comm. ad Pand. c. l. §. 117. Man vergleiche hier auch noch vorzüglich Lenz angeführte Bemerkungen über das Erbrecht des zweyten Ehegatten. §. 14. u. 15.

82) Arg. *L. 14. §. 5. D. Qui et a quibus manumissi.* Vergl. Weber's syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 63. S. 217.

83) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 110. Cujacius Recitat. ad L. 6. Cod. de sec. nupt. Knorre cit. Diss. Cap. II. §. 9 et 10. Boehmer cit. Diss. §. 14.

dieselbe auch in diesem Puncte wieder hergestellt, so daß nun dasjenige, was dem Stiefparens mehr gegeben oder hinterlassen worden ist, als das Gesetz erlaubt, blos unter die Kinder der vorigen Ehe oder Ehen vertheilt werden soll, welches auch darin seinen ganz vernünftigen Grund hat, weil ja um ihrer willen der Ueberschuß dem Stiefparens entzogen wird [84]). Diese Kinder haben aber 1) alle an diesem Ueberschuße ein völlig gleiches Recht. Die Vertheilung darf daher nicht nach dem Verhältniß der etwa jedem Kinde besonders ausgesetzten Erbtheile, sondern sie muß nach der Zahl der Personen geschehen, so daß die Kinder alle einen gleichen Theil von diesem Ueberschuße erhalten [85]). Jedoch treten hier, wie bey der Erbfolge, die Enkel eines verstorbenen Kindes in die Stelle ihres verstorbenen Vaters oder Mutter, und werden daher nur als eine Person, als ein Stamm angesehen [86]). 2) Die Kinder müssen sich jedoch nicht durch Undankbarkeit der gesetzlichen Wohlthat unwürdig gemacht haben. Es werden aber solche Ursachen erfordert, weshalb die Kinder nach den Gesetzen die Enterbung verdient haben. Daß sie wirklich müßten enterbt worden seyn, ist nicht nöthig, sondern es ist genug, wenn nur dergleichen Ursachen der Enterbung erwiesen werden können. Ist dieser Beweis geführt, so schließt schon das Gesetz die undankbaren Kinder aus [87]).

84) S. *Hub.* Giphanius Explanat. cit. ad L. 6. C. de secund. nupt. pag. 382.

85) Rittershusius Jur. Justinian. P. IV. Cap. 5. nr. 15. Knorre Diss. cit. Cap. II. §. 11.

86) Voet c. l. §. 110.

87) Boehmer Diss. cit. de restricta de bonis suis in favor. sec. coniug. dispon. fac. §. 12. Gentilis. Cap. 17.

3) Fällt eins dieser Kinder aus, entweder weil es sich durch Undankbarkeit seines Rechts verlustig gemacht, oder weil es sich desselben begeben hat, so accrescirt sein Antheil blos den übrigen Kindern[88]. Der Stiefparens hat davon keinen Vortheil, wenn auch das Kind, von deßen vakanten Antheile die Rede ist, zu Gunsten des Stiefparens auf diese Rechtswohlthat Verzicht gethan hätte. Denn ein solcher Verzicht kann den übrigen Kindern und Geschwistern zu keinem Nachtheil gereichen, da das Gesetz ausdrücklich sagt, daß der Ueberschuß den Kindern der vorigen Ehe ausschließlich zukommen solle. Wie könnte also dem Stiefparens ein Accrescenzrecht an einem Antheile zustehen, den ihm das Gesetz entzogen hat[89]? Es würde dieses auch schon die allgemeine Natur des Accrescenzrechts mit sich bringen, vermöge welcher die vakante Portion der Person des Erben, und nicht der Erbschaft accrescirt[90]. Ist ein Kind ohne rechtmäßige Ursach enterbt; so kann es dem zum Erben eingesetzten Stiefparens mittelst der querela inofficiosi testamenti alles entziehen, was demselben hinterlassen worden ist[91].

VII. Bey der Berechnung, ob dem Stiefparens mehr zugewendet worden sey, als ihm nach dem Gesetz gebührt; ist die Frage besonders wichtig, auf welche Zeit gesehen werden müße, um diese Portion in Rücksicht auf das Ver-

88) Arg. *L.* 23. §. 2. *D. de inoff. testam.* et *L. un. Cod. Quando non petentium partes petentib. accresc.*

89) Boehmer cit. Diss. §. 14. Lenz angef. Bemerkungen. §. 12. S. 62.

90) S. *Ern. Christ.* Westphal Diss. de iure accrescendi inter coheredes. (*Halae* 1761.) Cap. I. §. 5. nr. V.

91) Voet c. l. §. 131.

mögen des verstorbenen Ehegatten richtig zu bestimmen? Denn da sowohl das Vermögen mancherley Zufällen unterworfen ist, und eben sowohl eine Verminderung erleiden, als einen Zuwachs erhalten kann, mithin das Vermögen, welches der parens binubus nach seinem Tode hinterläßt, von ganz anderer Beschaffenheit seyn kann, als es zur Zeit der wiederholten Ehe, oder der errichteten Schenkung war; da ferner auch die Zahl der Kinder der vorigen Ehe zur Zeit des Todes des verstorbenen Ehegatten sich vermindert, aber auch durch die in der neuen Ehe gezeugten Kinder, auf die doch bey der Berechnung des Pflichttheils der Kinder der vorigen Ehe ebenfalls Rücksicht zu nehmen ist, einen Zuwachs erhalten haben kann; so ist einleuchtend, daß die Zeit, nach welcher der Zustand des Vermögens des verstorbenen Ehegatten zu bestimmen ist, auf die Berechnung der dem überlebenden Stiefparens gebührenden Portion einen großen Einfluß haben müße. Justinian sahe dieses selbst deutlich ein, und berichtigte diesen Punct, den der Kr. Leo unbestimmt gelassen hatte, indem er in dem folgenden Kap. 28. der Nov. *XXII.* noch verordnete, daß bey der Berechnung der dem Stiefparens ausgesetzten Portion auf die Zeit des Todes des verstorbenen Ehegatten gesehen, und dieselbe ganz nach dem Zustande, in welchem sich das Vermögen bey seinem Tode befindet, beurtheilt werden solle [92]. Die hierher gehörigen Worte sind.

Quoniam vero legibus hactenus latis definitum non est, quando id, *quod excedit*, spectari debeat,

92) Cujacius Exposit. Nov. XXII. Verb. *Secundum genus* Rittershusius Jur. Justin. P. IV. Cap. 5. nr. 6. Voet Comm. h. t. §. 128. Boehmer cit. Diss. §. 10. Lenz Bemerkungen §. 11.

an tempore donationis, an vero soluti matrimonii; optimum nobis visum est, *ut tempus mortis parentis, qui secundas nuptias contraxit, spectetur.* Scribunt enim homines plura, quam habent, scribunt vero et pauciora: incidentes autem casus contrarios ut plurimum eventus producunt. *Quare ne in iis erremus, illud tempus spectandum est, quo is, qui secundas nuptias contraxit, moritur, indeque proportio sumenda, et secundum ea, quod excedit, iudicandum, detrahendum, liberisque tribuendum est.* Atque in iis omnibus non datio aut scriptura ab initio facta consideretur, sed eventus, uti vocatur, inspiciatur.

Es erhellet zugleich hieraus, daß das Gesetz nur von einer solchen Freygebigkeit gegen den neuen Ehegatten verstanden werden könne, welche auf die Zeit des Todes geschieht, sie werde übrigens unter einem Titel ausgeübt, unter welchem sie wolle, z. B. durch Erbeinsetzung, Vermächtniß, Fideicommiß, Schenkung von Todes wegen, oder auch Schenkung unter Lebenden, welche sonst durch den Tod des Schenkenden unter Ehegatten eine unwiederrufliche Gültigkeit erhält, nach unserm Gesetz aber auch durch den Tod nicht bekräftiget wird, insoweit sie, zum Nachtheil der Kinder der vorigen Ehe, das gesetzliche Maas überschreitet, wie der Kaiser Leo in seiner Constitution selbst sagt. Es ist auch gleichviel, ob die Freygebigkeit die Proprietät, oder blos den Nießbrauch von gewissen Gütern[93]), ob sie das Heyrathsgut oder die donatio propter nuptias betrifft. Eine solche Freyge-

93) Voet Comm. h. t. §. 120. und Faber Observat. cit. ad L. 6. C. §. XV.

bigkeit hingegen, die sich blos auf einen Genuß beschränkt, den der verstorbene Parens seinem neuen Ehegatten auf die Dauer seines Lebens von seinem Vermögen gestattet hatte, kommt hier in keine Betrachtung [94]).

Es folgt hieraus weiter, daß auch den Kindern der vorigen Ehe nicht eher ein Recht zusteht, die von ihrem verstorbenen Parens zu Gunsten des Stiefvaters oder der Stiefmutter gemachte Disposition, als gesetzwidrig anzufechten, als nach dem Tode desselben [95]). Denn wie kann die Portion des Stiefparens, nach dem Verhältniß des Pflichttheils desjenigen Kindes, welches unter den übrigen am Wenigsten erhält, bestimmt werden, wenn der parens binubus noch lebt, welcher die nachtheilige Disposition über sein Vermögen gemacht hat, da der Pflichttheil bekanntlich nicht anders, als nach dem Zustande des Vermögens, wie solcher zur Zeit des Todes des Erblassers beschaffen war, berechnet werden kann [96])? Ueberdem aber kann man ja auch erst bey dem Tode des parens binubus wissen, ob noch Kinder voriger Ehe, und wie viel derselben, vorhanden sind. Denn nach dem Verhältniß derselben ist ja die Portion des Stiefparens zu berechnen. Wären nun zufällig zur Zeit des Todes des parens binubus keine Kinder aus der vorigen Ehe mehr vorhanden, so würde ja die Anwendung des Gesetzes ohnehin wegfallen [97]).

94) Boehmer cit. Diss. §. 8.

95) Boehmer §. 12.

96) S. den 7. Th. dieses Commentars. §. 547. S. 94.

97) Lenz Bemerkungen. §. 11. S. 56 ff.

VIII. Die bisher erklärten poenae secundarum nuptiarum, welche das Beste der Kinder der erstern Ehe betreffen, fallen überhaupt weg, 1) wenn diese Kinder von ihrem verstorbenen Parens rechtmäßig enterbt worden sind. Denn sämmtliche Gesetze machen es zur Bedingung, daß sich die Kinder nicht durch eine der Enterbung würdige Undankbarkeit der gesetzlichen Wohlthat unwürdig gemacht haben müssen[98]. 2) Wenn sie sich dieser Wohlthat begeben haben, vorausgesetzt, daß sie die dazu erforderliche Rechtsfähigkeit hatten, und die Verzichtleistung auf eine rechtsgültige Art geschehen ist; sie mag übrigens ausdrücklich, oder stillschweigend, durch Anerkennung des elterlichen Testaments, oder unverweigerte Auszahlung der dem Stiefparens ausgesetzten Portion geschehen[99]. Keinesweges aber kann sie daraus gefolgert werden, daß die Kinder in die Wiederverheyrathung ihres Vaters oder ihrer Mutter ausdrücklich einwilligten. Denn da sie dieselben ohnehin zu verhindern nicht vermochten, und überdem ein Rechtsverzicht im Zweifel nicht vermuthet wird; hier aber um so weniger vermuthet werden kann, da das Recht zur Zeit der eingegangenen zweyten Ehe noch nicht einmahl vorhanden war; so ist eine solche Einwilligung der Kinder eben so wirkungslos, als wenn der verstorbene Gatte erster Ehe selbst dem überlebenden diese Erlaubniß ertheilt hätte[100].

98) *L.* 10. *C. de sec. nupt. Nov.* XXII. *cap.* 26 *et* 27. Rittershusius Jur. Just. P. IV. Cap. 4. nr. 22. Voet Comm. h. t. §. 131.

99) Boehmer cit. Diss. §. 15. Voet h. t. §. 138 a. E.

100) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCC. medit. 12. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 11. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iur. univ. Tom. I. Obs. 24. Lenz Bemerkungen §. 13. und Voet c. l.

3) Nach dem deutschen Rechte ist auch die dem überlebenden Ehegatten gebührende statutarische Portion eben so wenig, als dasjenige Vermögen, was er vermöge der Gütergemeinschaft nach den Landesgesetzen erhält, den sogenannten poenis secundarum nuptiarum unterworfen [1]). Denn diese Institute beruhen auf eigenthümlichen Grundsätzen des deutschen Rechts [2]), worauf sich die römischen Gesetze nicht anwenden lassen, ohne eine offenbare Verwirrung zu veranlassen [3]). Es können indessen nach den besondern Rechten eines Landes Ausnahmen Statt finden [4]). Außerdem ist die heutige Anwendbarkeit jener Vorschriften des römischen Rechts keinem gegründeten Zweifel unterworfen. Denn auch die Deutschen waren der zweyten

1) S. *Tob. Jac.* REINHARTH select. Observation. ad *Christinaei* Decision. Vol. I. Obs. 73. *Ge. Henr.* AYRER Commentat. de portione coniugum statutaria poenis secundarum nuptiarum haud obnoxia. *Goett.* 1756. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 520. Schott Einleitung in das Eherecht. §. 240. und Lenz Bemerkungen. §. 17 ff.

2) BOEHMER cit. Diss. §. 18 et 19. Phil. Carl Scherer Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. 1. Th. §. 147. u. 148. Joh. Wilh. Neuß Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft. §. 75—80.

3) S. Weber's Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung. S. 59 f.

4) S. *Aug. Ad.* HENNINGS Diss. de usu et applicatione L. 6. C. de sec. nupt. recepta communione bonorum praesert. secund. iura Holsat *Goett.* 1766. Jo. Andr. Hofmann's Handbuch des deutschen Eherechts. §. 323. a. E. S. 728. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 612. Nr. VII. S. 60 f.

Ehe nicht hold, vorzüglich wenn Kinder aus der vorhergehenden Ehe vorhanden waren [5]). Dahin deuten die bekannten Sprüchwörter: Wer eine Stiefmutter hat, der hat auch einen Stiefvater. Ein Stiefvater, eine Stiefmutter. Wenn die Henne zum Hahn kommt, so vergißt sie ihre Jungen [6]). Der Grund der Vorsorge für die Kinder der ersten Ehe, und Verhütung nachtheiliger Verfügungen zu Gunsten des Stiefparens ist auch in Deutschland noch immer der nämliche [7]). Selbst in den Ländern, in welchen die Gütergemeinschaft unter den Ehegatten gesetzlich eingeführt ist, und wo daher jene Vorschriften des Röm. Rechts keine Anwendung finden, zieht dennoch die Wiederverheyrathung des überlebenden Ehegatten die für ihn nachtheilige Folge der Abtheilung des Sammtvermögens mit seinen Kindern nach sich, welche man die Abschichtung zu nennen pflegt, wozu der zur andern Ehe schreitende Parens auf Verlangen der Kinder von Rechts wegen angehalten werden kann [8]). Der heu-

5) S. *E. A.* Alssen Diss. de eo quod hodie iuris est circa poenas secund. nuptiis scriptas §. 13 — 16. Carl Gottl. Knorre rechtliche Anmerkungen Nr. XV. §. 9. S. 247. Hofmann Handb. des t. Eherechts. §. 320.

6) S. Joh. Fried. Eisenhart's Grundsätze der deutsch. Rechte in Sprüchwörtern. S. 162 — 166.

7) Reinharth Observat. sel. ad Christin. Decis. Vol. I. Obs. 72. Knorre Diss. cit. Cap. III. Boehmer Diss. cit. §. 17. Lenz Bemerkungen. §. 16. Leyser c. l. Spec. CCC. medit. 3 et 4. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 520. Runde Grundsätze des deutsch. Privatrechts §. 612.

8) Lange Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter unter den teutsch. Eheleuten. 8. Hauptst. §. 7. Klöntrup

tige Gebrauch der Verordnungen des Röm. Rechts in solchen Ländern, wo Gütergemeinschaft nicht eingeführt ist, wird nicht nur durch die Menge von Rechtssprüchen, welche wir davon in den Schriften der practischen Rechtsgelehrten finden, außer Zweifel gesetzt, sondern ist auch in vielen deutschen Provinzial- und Statutarischen Rechten ausdrücklich bestätigt [9]). Sie finden auch unstreitig bey den Erbverträgen und wechselseitigen Testamenten der Ehegatten Anwendung, obwohl mehrere Rechtsgelehrten [10]) dieses aus dem Grunde bezweifeln wollen, weil hier die Freygebigkeit nicht einseitig, wie die Verordnung der römischen Gesetze voraussetzt, sondern gegen ein Aequivalent erwiesen werde, wobey Gewinn und Verlust von einem ungewissen Erfolge, nämlich dem Tode des zuerst sterbenden Ehegatten, abhängig sey. Denn soll der Zweck des Gesetzes erreicht werden, so konnte der Gesetzgeber darauf keine Rücksicht nehmen, ob die Liberalität einseitig oder wechselseitig ausgeübt wird, wenn es auch durch eine dem römischen Rechte unbekannte Disposition geschieht, genug, daß das Gesetz keine zur Zeit desselben denkbare Art der Disposition aus-

Beytrag zur Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten. 5. Abschn. §. 10. Scherer Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. 1. Th. 2. Hauptst. §. 147.

9) HENNE Diss. cit. de coniuge binubi vel binubae etc. §. 12. und BOEHMER cit. Diss. §. 17. not. z. haben eine Menge sowohl pract. Schriften, als statutar. Rechte angeführt. Ich füge nur noch PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 23. und *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Resp. 3. hinzu.

10) Struben rechtliche Bedenken. Th. IV. Bed. 187. SOMMERN de iure novercarum. Cap. XIII. nr. 5. BOEHMER Diss. de poenis sec. nupt. §. 9.

geschlossen hat, wodurch eine Freygebigkeit ausgeübt werden kann. Nun gedenkt die Verordnung des Kaisers Leo des Testaments ausdrücklich, und würde auch ohne Zweifel den Erbvertrag nicht vergessen haben, wenn Erbverträge nach der römischen Rechtsverfassung erlaubt gewesen wären. Der Erbvertrag kann aber jetzt um so mehr unter die Verordnung des Gesetzes begriffen werden, da dasselbe von jeder Art der Liberalität spricht, sie werde unter den Lebenden, oder von Todes wegen ausgeübt. Daß nun aber in Hinsicht auf die Kinder der ersten Ehe, für die das Gesetz nur allein Sorge trägt, sowohl bey einem reciproken Testamente der Ehegatten, als bey einem Erbvertrage, wodurch die gegenseitige Erbfolge derselben bestimmt wird, wirklich eine Liberalität zum Grunde liege, leidet keinen Zweifel, wenn man erwägt, daß ja der überlebende Ehegatte dadurch den ihm bestimmten Theil aus dem Vermögen des erstverstorbenen Ehegatten empfängt, ohne dagegen Etwas aus dem Seinigen zu leisten [11]).

Ob aber nicht die in den angeführten Verordnungen des Röm. Rechts zum Besten der Kinder der ersten Ehe bestimmten Folgen der zweyten Ehe in Hinsicht auf das Vermögen der Ehegatten durch Testament oder Ehe- und Erbvertrag dem Ueberlebenden auf eine für die Kinder der ersten Ehe verbindliche Art erlassen werden können, ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Wer den wahren Grund und Zweck jener Verordnungen nicht aus den Augen verliert, wird gewiß aus voller Ueberzeugung der Meinung derjeni-

11) Eine weitere Ausführung hierüber findet man in Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 5. B. Erört. VII. S. 46—54.

gen Rechtsgelehrten [12]) den Vorzug geben, welche sich gegen eine solche willkührliche Remission erklären. Dennoch haben mehrere berühmte Rechtsgelehrten [13]) der entgegengesetzten Meinung zu huldigen, kein Bedenken getragen. Ihr Hauptgrund ist, die Verordnungen des römischen Rechts seyen keine Prohibitiv= sondern bloße Dispositivgesetze, denen man durch Testament oder Vertrag derogiren könne Justinian habe dieses sogar in der Nov. *XXII.* Kap. 2. selbst erlaubt, wenn er daselbst §. 1. sagt: Si vero testator nihil dixerit aut disposuerit, quod legibus iam latis et usu obtinentibus non comprehensum, nec quid contra leges in universum praeceperit, tunc haec nostra lex locum habeat, quae omnia, quantum homini possibile est, comprehendit, et breviter percurrit, ac tum quae ad priores, tum quae ad secundas nuptias, nec non quae ad successiones et dissolutiones matrimonii, sive morte, sive divortio, pertinent, et quae ante tempus luctus, et post illud sunt, corrigit. Man fügt noch zur mehrern Bestärkung hinzu, ein Ascendent könne ja einer fremden Person alles übrige Vermögen eigenthümlich zuwenden,

12) *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 6. de secund. nupt. pag. 385. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 138. *Diodor.* Tuldenus Commentar. ad Cod. Justin. Lib. V. Tit. 9. nr. 8. pag. 304. Knorre Diss. de iure coniug. nuptias iterantis. Cap. IV. §. 3. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 521. nr. III. Hagemann pract. Erörterungen a. a. O. S. 51 f.

13) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCC. medit. 20. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 133. Orth Anmerkungen über die Frankf. Reformation. 2. Fortsetz. S. 510.

wenn er nur den Kindern den Pflichtheil hinterläßt; warum sollte also ein Ehegatte dem andern nicht die poenae secundarum nuptiarum erlassen können? Allein würde nicht die Gesetzgebung mit sich selbst im Widerspruche stehen, wenn sie die Vorschriften, wodurch sie das Beste der Kinder der ersten Ehe beabsichtigte, der willkührlichen Abänderung der Eltern hätte überlassen wollen? Wie konnte sie die zur Sicherung der Kinder der ersten Ehe gegen die besorglichen Nachtheile einer neuen Ehe angeordneten Folgen *poenae* (ποιναί), wenn auch gleich nur im uneigentlichen Sinne, nennen [14]), und dennoch die Vollziehung derselben der Willkühr der Eltern anheimstellen? Schon diese Betrachtung allein überzeugt uns, daß jene Verordnungen des Röm. Rechts gewiß keine bloße Dispositivgesetze seyn können. Noch mehr aber lehrt der Inhalt derselben, daß sie theils Präceptiv- theils Prohibitivgesetze sind. Sie untersagen dem zur zweyten Ehe übergegangenen Parens alle Veräußerung der Güter, die er von dem verstorbenen lucrirt, oder durch Beerbung eines Kindes der erstern Ehe erlangt hat, weil den Kindern der erstern Ehe das Eigenthum derselben zustehen soll, und erklären solche Veräußerungen für unbefugt, und nichtig [15]). Wie kann nun der Wille des verstorbenen Ascendenten den Kindern das Eigenthum entziehen, was ihnen das Gesetz, als ein treuer Beschützer derselben, (ἀσφαλὴς τῶν τοιούτων φύλαξ [16]), so heilig zugesichert hat? Sie verbieten ferner dem in der zweyten Ehe lebenden Parens gegen seinen zweyten Ehegatten freygebiger zu seyn, als gegen ein Kind

14) *Nov. II. cap.* 2. §. 1.

15) *Nov.* 2. *Cap.* 2.

16) *Nov.* 22. *Cap.* 24.

der erstern Ehe; ja sie verbieten jedes Scheingeschäft, wodurch dem Stiefparens in fraudem legis, ein Mehreres, als diesem, zugewendet wird, und erklären dasselbe für nichtig und für nicht geschrieben [17]). Ist nicht hierdurch auch die Verordnung des verstorbenen Parens selbst für nicht geschrieben erklärt, wodurch diese Folge zum Nachtheil der Kinder der ersten Ehe hat ausgeschlossen werden wollen? Man erinnere sich, was Pomponius *libro IX. ad Sabinum* [18]) sagt: Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant; und was Papinian *libro II. Quaestionum* [19]) lehrt: Ius publicum privatorum pactis mutari non potest. Und dennoch sollte der Gesetzgeber in dem Gesetz selbst, worin er für das Beste der Kinder der ersten Ehe so vorzüglich besorgt ist, ja worinn er die zweyte Ehe überall als eine Beleidigung und Kränkung für die Kinder der ersten Ehe darstellt [20]), den Eltern erlaubt haben, die ihnen aufgelegte Strafen durch eine dieselben wieder aufhebende Privatdisposition sich nach Gefallen zu erlassen? In der That, wer auch nur mit flüchtigen Augen die oben aus der Nov. 22. Kap. 2. angeführten Worte ansieht, muß sich wundern, wie es möglich war, einem Gedanken auch nur einen Augenblick Raum zu geben, bey welchem die ganze Legislation zwecklos und ohne alle Wirkung seyn würde. Das Gesetz sagt es ja mit ausdrücklichen Worten, daß nur von solchen Dispositionen des Testirers die Rede

17) *Nov. 22. Cap. 27.*

18) *L. 55. D. de legat. I.*

19) *L. 38. D. de pactis.* Man vergleiche den 1. Th. dieses Commentars. §. 13. S. 91.

20) *Nov. 2. cap. 1. Nov. 22. cap. 23 et 25.*

seyn, die den Gesetzen überhaupt nicht zuwider sind: nec aliquid *contra leges* in universum praeceperit, (μήτε τὶ παρὰ τοὺς καθόλου νόμους διατάττοι). Es darf also auch gewiß die Disposition der Eltern nicht den in dieser Novelle zum Besten der Kinder der ersten Ehe gemachten Verordnungen zuwider seyn, auf deren Ueberschreitung die Strafe der Nichtigkeit gesetzt ist; sondern es kann dadurch dem Gesetz nur in sofern derogirt werden, als eine solche Disposition bloß allein die der Bestimmung des Testirers überlassenen Rechte des überlebenden Ehegatten betrifft. So z. B. soll der dem überlebenden Ehegatten bloß hinterlassene Nießbrauch nach dieser Novelle durch die zweyte Ehe nicht mehr verloren gehen. Der Testator kann aber doch das Gegentheil verordnen. So soll ferner bey der dem überlebenden Ehegatten zur Bedingung gemachten Viduität die Mucianische Caution geleistet werden. Der Testator kann sie aber auch erlassen. Dahingegen hat die angeführte Novelle nirgends gestattet, zum Nachtheil der Kinder erster Ehe, und gegen den Inhalt der zu ihrem Besten abzweckenden Gesetze, zu disponiren [21]). Es darf uns nicht irre machen, wenn das Kap. 2. dieser Novelle die Ueberschrift hat: *Ut poenam, hac lege secundis nuptiis constitutam, coniuges testamento sibi remittere possint.* Denn daß die Ueberschriften und Summarien der Novellen und der einzelnen Kapitel derselben, die in der Vulgata befindlich sind, nicht ächt, und bey der Interpretation ohne alles Gewicht und An-

21) Man vergleiche hier vorzüglich *Frid. Phil.* Usener Diss. quaestionem, an poenae secundarum nuptiarum pactis dotalibus aut testamento coniugum remitti queant superstiti, secundum ius civ. et moeno-francofurt. exponens. *Erlangae* 1796. 8.

sehen sind, ist schon anderswo bemerkt worden [22]). Ob aber nicht dergleichen Verfügung eines Testators vielleicht durch die von ihm hinzugefügte Socinische Cautel [23]) aufrecht erhalten werden könne; oder ob nicht vielmehr die Kinder erster Ehe auch hiergegen einwenden dürfen, daß das ihnen gesetzlich Zugesicherte, ihnen eben so wenig, wie der Pflichttheil, verkürzt, oder entzogen werden könne, ist eine Frage, welche Weber [24]) aufgeworfen, aber unentschieden gelassen hat. Ich glaube das Letztere ohne Bedenken behaupten zu können, weil nach ausdrücklicher Verordnung der Novelle Kap. 27. keine machinatio, (μηχανὴ) keine Erfindung, die als Mittel gebraucht wird, das Gesetz zu untergraben, Statt finden soll.

Noch ist zu bemerken, daß die bisher angeführten rechtlichen Folgen der zweyten Ehe auf ein bloßes zum Zweck einer zweyten Ehe geschlossenes Verlöbniß nicht erstreckt werden können, weil die Gesetze solche nirgends den bloßen Sponsalien beygelegt, sondern die Vollziehung der zweyten Ehe zur ausdrücklichen Bedingung, ja zum Anfangstermin gemacht haben, wo diese Wirkungen eintreten sollen [25]).

Soviel hiernächst

B. diejenigen **gemeinen Nachtheile** der wiederholten Ehe anbetrifft, **welche auf das Beste der Kinder der ersten Ehe keine Beziehung haben**, son-

22) S. meine Opusc. iurid. Fascic. III. pag. 85.

23) S. den 7. Th. dieses Commentars. §. 546. S. 86 f.

24) Erläuterungen der Pandecten 2. Th. §. 1217. S. 143.

25) S. *Fratrum* Bechmannorum Consil. et Decision. P. I. Consil. XXXVII. Qu. 3. pag. 427 — 430.

dern eintreten können, es mögen Kinder aus der ersten Ehe vorhanden seyn, oder nicht; so gehört dahin vorzüglich, daß durch die zweyte Ehe alles verwirkt wird, was dem zur zweyten Ehe schreitenden Wittwer, oder Wittwe von dem ersten Ehegatten, oder auch von einem Dritten, unter der Bedingung, sich nicht wieder zu verheyrathen, gegeben oder hinterlassen worden ist. Die Hauptstelle ist die Novelle *XXII.* Kap. 44.

Sancimus igitur, si quis uxorem, vel etiam uxor maritum (idem enim est) [26]) secundum matrimonium contrahere prohibuerit, eoque nomine quid reliquerit, ut alter coniugum ex duobus electionem habeat, utrum matrimonium contrahere, et accipiendis renunciare, aut si hoc nolit, sed defunctum honoret, omnino a secundis nuptiis abstinere velit. §. 1. Sed ne res in suspenso sit, et post longum forte tempus denuo exactio fiat, propterea pulchrum nobis visum est rem sic definire, ut intra annum quidem nullo modo relictum exigi possit, nisi sacerdotium alteri personae obveniens capiendi ius praestet, quasi nulla spes nuptiarum reliqua sit. §. 2. Si vero annale tempus praeterierit, concedimus quidem illi personae, ut relictum accipiat, non tamen simpliciter: sed siquidem res immobilis sit, non aliter eam capiat, quam praestito iuramento, et rebus suis pignori obligatis, (id quod etiam tacite hac lege concedimus) se rem, quae data est, talem qualem accepit, si secundas nuptias contraxerit,

26) Im Griechischen heißt es eigentlich: ταυτὸν γάρ ἐστιν ἑκάτερον. d. i. *idem enim in utroque est.*

reddituram, restitutis quoque fructibus, quos medio tempore percepit. §. 3. Sin vero res mobilis sit, et persona, quae vult capere, idoneas facultates habeat, quod relictum est, sub eadem cautione et iisdem hypothecis detur. Verum si quidem alia res mobilis sit, eam, prout accepit, restituat, vel si deterior sit facta, damnum resarciat. §. 4. Sin autem pecunia fuerit, restituat eam cum usuris, quas inde percipere potuit, quod iuramento restituentis diiudicetur. Si vero foenori non dederit, sed ea usus sit, trientes det usuras §. 5. Sin autem non admodum locuples fuerit, insuper et fideiussor hoc nomine petatur. At si nec fideiussorem dare possit, tunc sub iuramento et hypotheca rerum suarum, uti dictum est, capiat quidem quod relictum est. §. 6. Statim vero atque secundas nuptias inierit, ab eo, qui dedit, id vindicetur, apud quamcunque personam extiterit, quasi ab initio ne quidem datum esse videatur. Atque ut hoc in omni restitutionis casu, sive res mobilis, sive immobilis restituenda sit, obtineat, sancimus. §. 7. Sed si pecunia sit relicta, fideiussorem autem non habeat, nec is idoneus sit, cuius fidei illa committatur [27]),

27) In dem griechischen Text heißt es: *καὶ οὐδὲ αὐτὸς ἀξιόχρεως εἴη τοῦτο καταπιστευθῆναι.* Cujacius Exposit. Nov. XXII. circa fin. versteht diese Worte so: si is, cui legata est pecunia, etiam indignus est, qui committatur *iuratoriae cautioni.* Allein richtiger erklärt diese Stelle der griechische Scholiast Theodorus in *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 14. Sch. y. pag. 494. *καὶ εἰ μὲν χρήματα εἰσὶ, καὶ ἀπορεῖ ἐγγυητῶν, καὶ*

manebit illa quidem apud eum, a quo relicta est, sed usuras trientes ei praestabit: quas tam diu solvet, donec ille aut secundum matrimonium contrahat, (ubi et restitutio solutarum usurarum locum habebit) aut manifestum fiat, eum non amplius posse matrimonium vel propter sacerdotium, (tunc enim illi dabit, quod relictum est) vel etiam mortem contrahere. Capient enim hoc omnino heredes eius, nihil plane de datis usuris restituentes. §. 8. *Eandem vero observationem, eandemque rationem introducimus, etiamsi coniuges sibi invicem sub tali conditione non reliquerint, sed extraneus quis aut marito, aut uxori sub tali conditione quid dari voluerit:* casibus scilicet fortuitis secundum naturam suam, et leges de his latas in dationibus et restitutionibus spectandis. Haec igitur in iis constitutionibus, quae occasione Legis Juliae Miscellae latae sunt, mutamus: reliqua vero rata sint, secundum terminos et casus, quibus ea exposuimus. §. 9. Dictae vero a nobis cautiones, si particularis sit institutio, vel legatum, heredibus, vel substitutis, vel illis, a quibus haec relicta sunt, praestentur: quod si sit mortis

περιουσίας τρίτον ἑκατοστῆς τόκον δίδωσι. i. e. Et si quidem pecuniae sint, et legatarius nec fideiussores habeat, *neque locuples sit*, tertia pars usurae centesimae ei praestatur. Offenbar ist also hier von keiner Eidestreue die Rede, sondern davon, wenn der Honorirte kein Vermögen (περιουσία) besitzt, und man ihm daher das Geld nicht sicher anvertrauen kann. Es ist Schade, daß Hombergk die Schollen der Basiliken bey seiner Version der Novellen gar nicht benutzt hat.

causa donatio, omnino heredibus. Si vero sub tali conditione quis heres scribatur, eas cautiones substitutis, si adsint, vel certe illis, qui ab intestato ad hereditatem vocantur, praestet, ut lex ab omni parte suam habeat perfectionem. Nisi testator *saepius* [28]) hoc quoque permiserit, inquiens potestatem habere eum, quem vel ex parte, vel ex asse instituit, aut cui legatum vel fideicommissum, aut mortis causa donationem reliquit, ut relictum accipiat, nec ullam cautionem praestet [29]). Tunc enim sequenda est defuncti voluntas. Magnae quippe curae nobis est, legitimas defunctorum voluntates conservare.

Nach diesem Gesetz ist nun also die einer Wittwe oder einem Wittwer aufgelegte Bedingung, sich nicht wieder zu verheyrathen, sie mag ihnen von dem erstverstorbenen Ehegatten, oder auch von einem Dritten aufgelegt worden seyn, dergestalt gültig, daß wenn derselben entgegengehandelt wird, die unter dieser Bedingung hinterlassene Erbschaft, oder Vermächtniß verwirkt ist, und mit allen Früchten und Zinsen zurückgegeben werden muß. Zwar sind mehrere Rechtsgelehrten [30]) der Meinung, daß die Verord-

28) Das griechische Wort πολλάκις hat Hombergk hier offenbar unrichtig durch saepius übersetzt, welches keinen Sinn hat. Es heißt auch soviel, als forte, und dieß ist die hierher gehörige rechte Bedeutung dieses Worts.

29) Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 14. pag. 479. haben hier δοῦναι. Scrimger aber διδόναι.

30) Frantzkius Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. XV. nr. 30 et sqq. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand.

nung des Gesetzes nur in dem Falle Statt finde, wenn ein Ehegatte dem andern, nicht wenn ein Dritter einem Wittwer oder einer Wittwe diese Bedingung in seiner letzten Willensverordnung aufgelegt habe. Hier sey die Bedingung der Viduität für nicht beygefügt zu achten, weil die Lex Julia Miscella, welche der Kaiser hier vor Augen gehabt, nur von Ehegatten rede, auch Justinian die Sanction seines Gesetzes ausdrücklich nur auf Ehegatten beschränke, wie aus den Anfangsworten des Kap. 44. deutlich zu ersehen sey, und durch die zweyte Ehe kein Dritter, sondern nur der erstverstorbene Ehegatte beleidiget werde. Allein diese Gründe widerlegen sich von selbst, da Justinian in dem §. 8. *Cap.* 44. seine Verordnung auch auf den Fall, da ein *extraneus* einer verwittweten Person Etwas unter der Bedingung, nicht wieder zu heyrathen, vermacht hat, so bestimmt und deutlich erstreckt, daß man sich billig wundern muß, wie es möglich gewesen, die merkwürdigen Worte zu übersehen: *Τὴν αὐτὴν δὲ εἰσάγομεν παρατήρησιν καὶ τὸν αὐτὸν λογισμὸν, καὶ εἰ μὴ οἱ συνοικοῦντες ἀλλήλοις ὑπὸ τοιαύτην καταλίποιεν αἵρεσιν, ἀλλ' ἕτερός τις ἔξωθεν ἢ ἀνδρὶ ἢ γυναικὶ ὑπὸ τοιαύτην αἵρεσιν δοθῆναί τι βουληθείη* [31]).

P. II. h. t. §. 39. Berger Oecon. iuris. Lib. I. Tit. III. Th. 8. Not. 3. *Pet.* Müller Diss. de odio secundar. nuptiar. Cap. II. Th. 7. auch Thibaut im System des Pandectenrechts 1. Th. §. 393 a. E. spricht blos von Ehegatten.

31) S. Gentilis de secund. nuptiis. Cap. XX. pag. 151 sq. Brunquell Diss. de conditione, si non nupserit, ultim. voluntatib. adjecta. §. 31 — 33. (in *Opuscul.* pag. 199 — 202.) und Bach Diss. de Lege Julia Miscella, eiusq. usu hod. §. 15. (in *Opuscul.* pag. 239 — 241.)

Zum Ueberfluß kann noch die *Auth.* Cui relictum. *Cod. de indicta viduitate* (VI. 40.) hinzugefügt werden, welche aus dem Kap. 44. *Nov. XXII.* genommen ist, und so lautet: Cui relictum quid fuerit a coniuge, vel *a qualibet persona*, ne secundas ineat nuptias: intra annum quidem non petat, nisi spes nuptiarum deficiat: post annum vero capiat, praestita cautione rei cum fructibus restituendae, si contra fecerit.

Die Wirkung der Bedingung, nicht wieder zu heyrathen, besteht nun darin, daß diejenige Person, welcher sie aufgelegt ist, die Wahl hat, ob sie zur andern Ehe schreiten, und dann aber auf das, was ihr unter dieser Bedingung hinterlassen worden ist, Verzicht thun, oder aber, wenn sie dies nicht will, sich der zweyten Ehe enthalten wolle. Damit nun aber doch die Sache keinen zu langen Aufschub leide, weil die Bedingung, nicht wieder zu heyrathen, von der Beschaffenheit ist, daß sie eigentlich erst mit dem Tode des Honorirten für erfüllt gehalten werden kann; so verordnet Justinian, daß vor Ablauf eines Jahres das Vermächtniß nicht soll gefordert werden dürfen, es müßten dann etwa solche Umstände eintreten, welche nun keine Wiederverheyrathung mehr hoffen lassen; wovon das Gesetz bey dem Wittwer den Priesterstand als Beyspiel angiebt. Bey der Wittwe würde dann der Eintritt in ein Kloster das nämliche seyn. Gewiß aber erfüllt bey beyden ist die Bedingung durch den Tod [32]). Wenn das Jahr seinen Anfang nimmt, hat das Gesetz zwar nicht bestimmt, es scheint mir indessen darauf anzu-

32) S. Bach Diss. cit. §. 12. (in *Opusc.* pag. 238.)

kommen, ob die Bedingung von dem erstverstorbenen Ehegatten, oder in dem Testament eines Andern aufgelegt worden ist. In dem erstern Fall ist es von dem Tode des Ehegatten, in dem andern aber von dem Tode des Testirers an zu rechnen. Warum aber Justinian gerade ein Jahr bestimmt hat? scheint mir seinen Grund darin zu haben, weil der Kaiser zum Theil die Lex Julia Miscella wieder hergestellt hat, vermöge welcher nach Ablauf eines Jahres das unter der Bedingung der Viduität hinterlassene Vermächtniß anders nicht, als gegen Caution, gefordert werden konnte. (S. 106. f.) [33]. Reuvens [34]) meint zwar, der Grund sey wahrscheinlich der, weil der Gesetzgeber geglaubt habe, eine verwittwete Person werde sich leichter entschliessen, bald wieder zu heyrathen, als späterhin, nachdem sie schon eine Zeitlang im Wittwenstande gelebt hat, wo eher zu hoffen sey, sie werde, um nicht den Vortheil des Vermächtnisses zu verlieren, in diesem Zustande fernerhin verbleiben. In dieser Ungewißheit habe es denn der Gesetzgeber für besser und sicherer gehalten, das Vermächtniß lieber nicht abzuliefern, als das Gegebene nachher wieder zurückzufordern. Er folgert hieraus, daß wenn die Viduität einer verwittweten Person nicht von dem erstverstorbenen Ehegatten derselben, sondern von einem Extraneus wäre zur Bedingung gemacht worden, dieselbe, wenn sie schon ein Jahr im Wittwenstande gelebt habe, nun kein Jahr mehr von dem Todes-

33) S. *Jo. Christph.* Falckner Diss. de cautione Q. Mucii Scaevolae vulgo Muciana. *Jenae* 1664. Cap. IV. nr. 14. und Bach Diss. cit. §. 12. pag. 233.

34) *Jan. Ever.* Reuvens Diss. de cautione Muciana. *Lugd. Batavor.* 1784. 4. Cap. III. §. 16. pag. 69 sq.

tage des Erblaßers an zu warten nöthig habe, sondern das ihr unter der gedachten Bedingung Hinterlaßene sogleich gegen Caution erhalten könne. Allein dieser Meinung scheinen die aus dem §. 8. des Kap. *XLIV.* oben angeführten Worte des Gesetzes entgegen zu stehen, nach welchen ganz das Nämliche beobachtet werden soll, wenn auch nicht ein Ehegatte dem andern, sondern ein Dritter einem Wittwer oder einer Wittwe unter dieser Bedingung Etwas hinterlassen hätte. Nach der Analogie der Lex Julia Miscella muß also auch hier der Honorirte ein Jahr warten, ehe er das Hinterlassene fordern kann, wenn nicht Gründe der Unmöglichkeit einer zweyten Ehe schon vorhanden sind, oder noch vor Ablauf des Jahres eintreten. Nun hatte zwar Justinian jenes Gesetz insofern aufgehoben, als dasselbe, der Bedingung ungeachtet, die Wiederverheyrathung erlaubte, wenn der Honorirte binnen einem Jahre einen Eid schwur, daß er blos, um Kinder zu zeugen, zur andern Ehe schreite; weil er den Willen des Erblassers durchaus erfüllt wissen wollte, wenn der Honorirte das ihm unter der Bedingung der Viduität Hinterlassene erhalten will. Es blieb nun aber auch dem Kaiser, da er die gedachte Lex Julia in sofern bestätigte, als vermöge derselben das Vermächtniß nach einem Jahre anders nicht, als gegen Leistung der Mucianischen Caution erhalten werden sollte, kein anders Resultat übrig, als dieses, daß unter einem Jahre gar kein Forderungsrecht Statt finde, wenn nicht etwa schon vor Ablauf desselben solche Umstände eingetreten wären, unter welchen die Bedingung für erfüllt gehalten werden könne.

Ist nun aber seit dem Tode des Erblassers ein Jahr verstrichen, so kann nun zwar der Honorirte das

ihm hinterlassene Vermächtniß fordern; allein er erhält es nicht eher, als wenn er Caution leistet, daß er das, was er bekommen hat, und zwar mit allen und jeden Nutzungen, zurückliefern wolle, wenn er der Bedingung zuwiderhandeln würde. Dieß ist diejenige Caution, welche von ihrem Urheber, dem Quintus Mucius Scävola [35]), die mucianische Caution genennt wird, und deren Wirkung darin besteht, daß die Bedingung einstweilen für erfüllt zu halten ist [36]). Die Natur der Bedingung macht also diese Caution nothwendig, die vor dem Tode des Honorirten darum nicht existirt, weil eher keine Gewißheit entstehen kann, daß dawider nicht gehandelt werde. Dem Honorirten würde also das Vermächtniß nichts nützen, wenn man diese Caution nicht zuließe [37]). Die Caution selbst ist nun auf verschiedene Art bestimmt. 1) Ist die Sache eine unbewegliche, so soll der Honorirte eidlich caviren, und auch noch sein ganzes Vermögen verpfänden, ja es soll, wenn auch letzteres unterblieben wäre, eine stillschweigende Hypothek Statt finden. Die Caution geht hier dahin, daß wenn der Honorirte zur andern Ehe schreiten würde, er die Sache, so wie er sie empfangen hat, mit allen in der Zwischenzeit gezogenen Früchten, zurückgeben

35) *Nov.* XXII. *cap.* 43. S. Reuvens Diss. cit. Introduct. et Cap. 1. *Ge.* D'Arnaud variar. Conjecturar. Lib. II. cap. 14. und *Greg.* Majansius Disputat. iuris civ. Tom. II. N. XL.

36) *L.* 4. §. 1. *D. de condit. instit.* *L.* 7. *L.* 67. *L.* 73. *L.* 79. §. 2. *L.* 106. *D. de condit. et demonstrat.* S. Reuvens Diss. cit. Cap. III. §. 18.

37) Reuvens Diss. cit. Cap. II. §. 6. und *Ge.* D'Arnaud Vitae Scaevolarum. (*Traj. ad Rhen.* 1767. 8.) §. 39.

wolle [38]. 2) Ist die Sache eine bewegliche, und der Honorirte ist vermögend; so soll die nämliche Caution Statt finden, welche denn aber nur auf Zurücklieferung der Sache, und im Falle sie etwa deteriorirt worden wäre, auf Schadensersatz geht. 3) Ist Geld vermacht, und der Honorirte hat es ausgeliehen, so soll er solches mit den Zinsen restituiren, welche er davon erheben konnte, (*καὶ μετὰ τόκων ἀποδιδόναι ὧν ἐκεῖθεν λαβεῖν ἰσχύσειεν*) [39], wobey er seine Angabe beschwören soll. Hat er aber das Geld selbst gebraucht, so soll er die Zinsen mit vier Procent vergüten. 4) Ist der Honorirte nicht sehr vermögend, so soll er noch außerdem einen Bürgen stellen, wenn er einen finden kann; kann er dieses nicht, so soll juratorische und hypothekarische Caution zwar hinlänglich seyn, aber schreitet er zur zweyten Ehe, so soll derjenige, der ihm die vermachte Sache gab, solche sofort von jedem vindiciren können, es mag sie besitzen, wer da

38) *L.* 76. §. 7. *D. de legat. II.* *L.* 79. §. 2. *D. de condit. et demonstr.*

39) Der griechische Scholiast Theodorus in den Basiliken Tom. IV. pag. 493. Sch. y. hat, *ἀναδιδότω καὶ οὓς ἔλαβεν ἀυτῶν τόκους δανείσας.* i. e. *reddat etiam usuras pecuniarum foeneratarum.* Der Honorirte soll also caviren, daß er auch die Zinsen vergüten wolle, welche er zu erheben vernachlässiget hat. Reuvens Diss. cit. Cap. III. §. 13. schließt hieraus, daß auch die vernachlässigten Früchte vergütet werden müßten, wenn das Vermächtniß in einer unbeweglichen Sache besteht. Allein diese Schlußfolge streitet gegen die klaren Worte des §. 2. wo es ausdrücklich heißt: *ἀποδιδούς καὶ οὓς ἔλαβεν ἐν μέσῳ καρπούς;* i. e. fructus, *quos medio tempore percepit.* Die erfolgte andere Ehe macht ihn ja auch nicht zu einem m. f. possessor.

will, nicht anders, als ob ihm die Sache nie gegeben worden wäre; und dieses soll Statt finden, die Sache sey eine bewegliche oder unbewegliche. Wäre hingegen 5) blos Geld vermacht worden, und der Honorirte könnte keinen Bürgen stellen, und hätte auch kein hinlängliches Vermögen, so soll das Geld bey dem, der es auszuzahlen hat, zurückbleiben, und der Honorirte einstweilen blos die Zinsen, und zwar zu vier Procent, davon erhalten, welche ihm so lange ausgezahlt werden sollen, bis er entweder eine zweyte Ehe schließt, in welchem Falle dann aber die bezahlten Zinsen wieder zurückgezahlt werden müssen, oder nun gewiß ist, daß keine zweyte Ehe erfolgen werde, wo ihm dann das Vermächtniß selbst ausgezahlt werden soll. Zuletzt bestimmt das Gesetz noch, wem die Sicherheit zu leisten sey? Zwar giebt schon Gajus *L.* 18. *D. de condit. et demonstrat.* die allgemeine Regel: Is, cui *sub conditione non faciendi* aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, *ad quem iure civili, deficiente conditione, hoc legatum, eave hereditas pertinere potest.* Allein da es zuweilen ungewiß seyn kann, an wen das Vermächtniß kommt, wenn der Bedingung entgegengehandelt wird, so fand Justinian für nöthig, auch diesen Punct genauer zu bestimmen. Es sind demnach folgende Regeln zu bemerken. 1) Ist von einem Legat oder Fideicommiß die Rede, so muß die Caution dem geleistet werden, welcher damit beauflagt ist. Dieß ist gewöhnlich der Erbe, es kann aber auch ein Anderer seyn. Denn wer dasselbe zu prästiren hatte, an den fällt es auch in der Regel zurück; aber auch dann, wenn das Vermächtniß einem Dritten zugedacht seyn sollte, muß doch dem cavirt werden, der dasselbe zu prästiren hat, weil es an diesen zurückfällt, wenn z. B. jener Dritte stürbe,

ehe die Condition deficirt [40]. Die Caution nützt also hier beyden. Denn lebt der Dritte zu der Zeit noch, da die Condition deficirt, und das Legat kommt nun an ihn, so kann er dasselbe mit der actio ex testamento von dem Erben fordern, oder von ihm verlangen, daß er ihm die Klage ex cautione Muciana cedire [41]. Auf jeden Fall gehören ja auch die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen dem Erben; oder der das Legat zu prästirt hat. 2) Ist es eine Schenkung von Todes wegen, welche unter jener Bedingung errichtet worden ist, so wird blos dem Erben cavirt. 3) Ist der Honorirte selbst zum Erben eingesetzt, aber nur ex parte, (εἰ μὲν ἐνστάσεως εἴημέρος) und ihm in casum deficientis conditionis ein Anderer substituirt, so muß diesem die Caution geleistet werden. 4) Ist ihm Niemand substituirt, so cavirt er demjenigen Miterben, welchem sein Antheil, im Fall die Bedingung deficirt, zufallen würde [42]. Endlich 5) wer ex asse instituirt ist, cavirt seinem Substituten, oder wenn er keinen Substituten hat, den Intestaterben [43]. Hat nun der Honorirte

40) *L. 4. pr. L. 5. §. 2. D. Quando dies legator. vel fideic. ced. L. un. §. 7. Cod. de caducis tollend.*

41) *L. 67. L 73. D. de condit. et demonstrat.* S. Reuvens Diss. cit. Cap. III. §. 3. Westphal's hermeneut. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 469 u. 470.

42) *L. 7. §. 1. D. de condit. et demonst.*

43) Da hier der Intestaterben ausdrücklich gedacht wird, (ἢ πάντως γοῦν τοῖς ἐξ ἀδιαθέτου πρὸς τὸν κλῆρον καλουμένοις) so widerlegt sich dadurch die Meinung des Donellus Commentar. iuris civ. Lib. V. cap. 33. welcher glaubt, daß den Intestaterben niemals von einem heres ex asse cavirt werde; obgleich auch *Jo. Lud.* Con-

das ihm Hinterlassene mittelst der mucianischen Caution erhalten; so erwirbt er zwar ein Eigenthum daran, welches ihm auch ein Recht giebt, die Sache zu veräußern; als Eigenthümer hat er denn auch die Früchte und Nutzungen derselben. Ja ist ihm eine Erbschaft hinterlassen, so kann er auch als Erbe die erbschaftlichen Klagen erheben, und als Erbe belangt werden [44]. Allein die Dauer seines Rechts hängt von einer resolutiven Bedingung ab, nämlich wenn er nicht zur andern Ehe schreitet. Handelt er dieser Bedingung zuwider, so erlöscht sein Recht, und zwar rückwärts, als ob er es nie erworben hätte, und derjenige, dem nun das verwirkte Vermögen zufällt, hat wider den Honorirten sowohl, als alle andern Besitzer alle diejenigen Klagen, welche ihm zugestanden hätten, wenn dem Honorirten das ihm Hinterlassene nie wäre übergeben worden [45]. Derselbe kann aber wider denjenigen, welchem die mucia-

RADI in Diss. de cautione Muciana. *Lips.* 1761. §. 3. diese Meinung zu vertheidigen sucht, und den BALDUINUS in Comm. de Jurisprud. Muciana, welcher das Gegentheil behauptet, eines nicht geringen Irrthums bezüchtiget. Die *L.* 7. §. 1. *D. de condit. et demonstr.* und *L.* 20. *pr. D. de conditionib.* können dagegen nichts beweisen, denn sie reden von solchen Fällen, wo die conditio negativa nicht deficiren kann, und also iure ipso videtur impleta conditio, wie die *L.* 7. sagt. Hier ist die Cautio Muciana ohnehin überflüssig. S. CUJACIUS Observat. Lib. V. cap. 2. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XXXV. Tit. 1. §. 3. VOET Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. 7. §. 7. und REUVENS cit. Diss. Cap. III.

44) S. REUVENS cit. Diss. Cap. III. §. 18.

45) *Nov. XXII. Cap.* 44. §. 6. REUVENS c. l. §. 19.

nische Caution geleistet worden ist, actione utili darauf klagen, daß er ihm die durch die Caution erlangten Klagen cedire[46]). Ist übrigens eine verwittwete Person unter der Bedingung sich nicht wieder zu verheyrathen zum Erben eingesetzt, so haben wir hier ein merkwürdiges Beyspiel von einer unter einer auflösenden Bedingung geschehenen Erbeinsetzung, welche das Gesetz für gültig erklärt. Justinian scheint es überhaupt, seit dem er das SCtum Pegasianum mit dem Trebelliano vereiniget hatte, und Letzteres nur allein gelten lassen wollte, mit der alten Regel des Civilrechts, qui semel heres exstitit, non desinit heres esse, nicht so genau genommen zu haben, wie die sonderbare Successio heredum beweist, welche der Kaiser in der Nov. I. Kap. 1. §. 1. in dem Falle angeordnet hat, da der Erbe, der richterlichen Admonition ungeachtet, binnen Jahresfrist den Willen des Erblaßers nicht erfüllt, *ne hereditas defuncti non adita maneat*[47]).

Zu dieser andern Gattung der gemeinen Folgen der zweyten Ehe rechnet man auch die, daß diejenigen, welche zur zweyten Ehe schreiten, nicht eingesegnet werden sollen[48]).

46) *L.* 73. *D. de condit. et demonstrat.*

47) S. *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. Decad. XXVII. Err. 2. Ein Beytrag zum 5. B. des Archivs für die civilist. Praxis S. 317 ff.

48) BROUWER de iure connubior. Lib. II. cap. 19. nr. 8. pag. 570. *Edm.* MARTENE de antiquis ecclesiae ritibus. P. II. Lib. I. Cap. IX. Art. I. §. 7. pag. 599. SCHENKL Institution. iuris eccles. P. II. §. 667. *J. H.* BOEHMER ad. cap. 3. X. de secund. nupt. Not. 24. Tom. II. Corp. iur. can. pag. 695. *Xav.* GMEINER Institut. iur. eccles.

Man beruft sich auf die Verordnung des Pabstes Urban III. in dem *Cap. 5. X. de secund. nupt.* welches also lautet:

Vir autem, vel mulier, ad bigamiam transiens, non debet a presbytero benedici: quia, cum alia vice benedicti sint, eorum benedictio iterari non debet.

Allein es ist dieses weder eine Strafe der zweyten Ehe, noch von der gemeinen Benediction oder Trauung zu verstehen, welche bey allen Ehen vorgeschrieben ist; sondern es wird unter der benedictio, welche bey der zweyten Ehe nicht wiederholt werden soll, eine gewiße Förmlichkeit verstanden, welche bey den Katholiken nach verrichteter Trauhandlung noch hinzugefügt zu werden pflegt, und in einem Gebet besteht, wodurch der Priester dem Brautpaar allen Segen von Gott, dem Stifter des Ehestandes, und Christo, dem Einsetzer des Sacraments der Ehe, erflebet[49]). Eine Menge solcher Benedictionsformeln aus den Ritualbüchern der römischen und griechischen Kirche, führt Heinrich Christoph Hochman[50]), und aus den

Tom. II. §. 389. Schol. Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 558. Ferd. Walter Lehrbuch des Kirchenrechts. §. 207.

49) Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. VII. Qu. 2. pag. 197 sq. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 415. Not. a. *Jo. Christph.* Koch Commentat. de secundis nuptiis non benedicendis. (*Opusc. iur. can.* Nr. V.) Ant. Michl Kirchenrecht. §. 85. S. 388. *Franc. Wilh. Ant.* Gambsjaeger ius eccles. §. 239.

50) De benedictione nuptiarum Commentat. (*Altdorfii* 1685. 4.) Cap. V. §. 22 — 28.

Ritualbüchern der französischen Kirchen Edmund Martene [51]) an. Auch Joh. Christoph Koch [52]) hat zur Erläuterung eine solche Formel aus der Agende der Mainzer Kirche vom J. 1590. beygebracht, welche folgendermassen lautet:

Deus Pater, Deus Filius, Deus Spiritus Sanctus, trinus et unus, vobiscum sit, et ipse coniungat vos, impleatque benedictionem suam in vobis. Crescite et multiplicamini, et replete terram; et benedictio Dei omnipotentis, Patris, et Filii, et Spiritus Sancti, descendat super vos, et maneat semper. Amen.

Diese Benediction ist es nun, welche nach der Verordnung des Pabstes Urban III. bey der zweyten Ehe nicht wiederholt werden soll, wenn sie entweder beyde neue Ehegatten schon bey der ersten Ehe erhalten haben, oder wenigstens einer von beyden, weil man ihr eine fortdauernde Kraft zuschreibt, welche der Benedicirte auch dem Nicht-Benedicirten mittheilt [53]). Daher sagt Durandus [54]): Non ergo debent nuptiae benedici, nisi ubi virgo cum virgine contrahit. In der protestantischen Kirche findet zwischen der erstern und zweyten Ehe

51) De antiquis Ecclesiae ritibus. P. II. Lib. I. Cap. IX. Art. 5. pag. 614—663.

52) Opusc. iur. canon. pag. 93 sq.

53) S. Berardus c. l. pag. 197 sq. *Paul. Jos. a* Riegger Institution. iurisprud. eccles. P. IV. §. 237. Schott Eherecht. §. 238. Not. **. Michl Kirchenrecht a. a. O. und Koch cit. Opusc. pag. 91. et pag. 95.

54) Rationale. Lib. I. cap. 9.

in Ansehung der priesterlichen Einsegnung kein Unterschied Statt[55]; und auch selbst die Praxis der katholischen Kirche hält sich nicht mehr so genau an jene Vorschrift des canonischen Rechts[56].

II. Die besondern Nachtheile der wiederholten Ehe sind wieder verschieden.

A. Einige derselben betreffen blos den Wittwer. Dahin gehört,

1) daß der Vater, wenn er den Kindern vermöge der letzten Willensverordnung eines Dritten Vermächtniße oder Fideicommiße unter einer gewissen Bedingung oder nach Ablauf einer gewissen Zeit auszuzahlen hat, ihnen deshalb Caution bestellen muß, wenn er zur zweyten Ehe schreitet, wovon er sonst frey ist.

Nov. XXII. Cap. 41. Placet vero nobis *Zenonis* piae memoriae constitutio, quae vult, ut a *patre*, si filio suo legatum sub conditione aut die praestare iubeatur, non aliter cautio de praestandis legatis exigatur, (haec scilicet, quae *legatorum servandorum causa* vocatur,) quam *si pater secundas nuptias contraxerit*. Sit enim et haec *poena secundas nuptias contrahentium*.

55) Hochmann Commentat. cit. de benedictione nuptiar. Cap. IV. §. 27. pag. 137 sq. und *J. H.* Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 21. §. 14.

56) *Franc.* Schmier Jurisprud. canonico-civil. Tom. III. Lib. IV. Tr. II. Cap. IV. Sect. III. nr. 139. Schenkl Instit. iur. eccles. P. II. §. 667. Koch cit. Commentat. §. 8. (in *Opusc.* pag. 97.)

Justinian bestätiget hier die Verordnung des Kaisers Zeno vom J. 489. vermöge welcher Kinder, die von ihren Eltern zu Erben eingesetzt worden, denen aber die Verbindlichkeit aufgelegt ist, die Erbschaft auf den Fall, da sie ohne Descendenten versterben sollten, ihren Geschwistern zu restituiren, oder auch wenn sie die Erbschaft ihren Kindern oder Enkeln und so weiter herausgeben sollen, zu keiner cautio fideicommissorum servandorum causa verbunden sind, es sey denn, daß dieses der Testator ausdrücklich verordnet habe, oder daß sie zur zweyten Ehe geschritten seyen. Es ist die *L. 6. Cod. ad SCtum Trebellian.* in welcher es §. 1. heißt:

In supradictis autem casibus *fideicommissorum servandorum satisdationem* cessare iubemus, si non specialiter eandem satisdationem testator exigi disposuerit, et cum pater vel mater secundis existimant nuptiis non abstinendum. In his enim duobus casibus, id est, cum testator specialiter satisdari voluerit, vel *cum secundis se* PATER *vel* MATER *matrimoniis iunxerit, necesse est, ut eadem satisdatio pro legum ordine praebeatur.*

Nach dieser Verordnung des Kaisers Zeno soll also nicht blos der Vater, sondern auch die Mutter zur cautio fideicommissorum servandorum verbunden seyn, wenn sie zur andern Ehe schreitet [57]). Da nun Justinian diese Verordnung bestätigt hat, so behaupten mehrere

57) S. *Jac.* Cujacius Recitat. solemn. ad L. 6. C. ad SCtum Trebellian. und *Jac.* Voorda Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. III. Cap. 2.

Rechtsgelehrten [58]), es sey dies eine gemeine Strafe der zweyten Ehe. Diese Meynung scheint auch die letzteren Worte des angeführten Kap. 41. für sich zu haben: *ἔστω γὰρ καὶ τοῦτο τοῖς δευτερογαμοῦσιν ἐπιτίμιον.* Allein da Justinian doch ausdrücklich nur des Vaters, und zwar wiederholt, gedenkt, obwohl die Verordnung des Kaisers Zeno von beyden Eltern spricht; so beschränken die meisten Rechtsgelehrten [59]) diese Strafe jetzt nur auf den Vater. Daß man auch die Novelle blos vom Vater allein verstanden habe, beweisen die Scholien der Basiliken [60]). Theodor sagt nämlich: *δευτερογάμος ὁ πατὴρ ἀπαιτεῖται ὑπὸ τοῦ ἰδίου παιδὸς ληγαταρίου ὄντος τῶν ληγατορουμ σερβανδόρουμ ἱκανοδοσίαν. εἰ γὰρ μὴ δευτερογαμήσει, οὐκ ἀπαιτεῖται τὴν τοιαύτην ἀσφάλειαν.* i. e. *Pater, qui ad secundas nuptias transit, filio suo satisdationem legato-*

58) *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 6. Cod. de secund. nupt. pag. 386. POTHIER Pandect. Justin. Tom. II. Lib. XXXVI. Tit. 3. Nr. VI. pag. 550. a LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCCVII. medit. 3. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1257. Schweppe römisches Privatrecht. §. 900.

59) CUJACIUS Exposit. Nov. XXII. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 137. RITTERSHUSIUS Jur. Justinian. P. IV. Cap. 6. nr. 6. *Pet.* GUDELINUS Commentarior. de iure novissimo Lib. I. cap. 12. §. Porro in fin. pag. 32. *Jo. Gottl.* SIEGEL Diss. de cautione fideicommissorum nomine praestanda *Lips.* 1728. §. 14. ALSSEN Diss. cit. de eo, quod hodie iuris est circa poenas sec. nupt. scriptas. §. 11. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1601. THIBAUT Syst. des Pand. R. 1. B. §. 393.

60) Tom. IV. pag. 493. Schol. u.

rum servandorum causa praestat. Si enim secundas nuptias non contraxerit, cautionem eiusmodi non praestat. Warum indessen die Mutter, wenn sie zur andern Ehe schreitet, von dieser Caution befreit seyn soll, davon läßt sich kein hinlänglicher Grund angeben. Spricht gleich Justinian hier blos vom Vater, so ist doch auf Seiten der Mutter gewiß derselbe Grund vorhanden; und dann sagt es ja Justinian[61]) ausdrücklich: *secundo nubentium poenae communes sunt viro et mulieri,* nämlich diejenigen, welche das Beste der Kinder der ersten Ehe zum Zweck haben. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist es offenbar unrichtig, wenn mehrere Rechtsgelehrten[62]) diese Cautionsleistung blos auf den Fall beschränken wollen, wenn ein wahrscheinlicher Grund des Verdachts gegen den parens binubus vorhanden sey. Denn von einer solchen Einschränkung enthält die Verordnung des Kaisers Zeno, welche Justinian hier bestätiget hat, nichts. Es würde auch der Begriff einer Strafe der zweyten Ehe, wofür doch Justinian in der Nov. 22. Kap. 41, diese Cautionsleistung ausdrücklich erklärt, wegfallen, wenn man eine solche Einschränkung annehmen wollte. Denn wenn der Vater auch nicht zur andern Ehe schreitet, so würden dennoch die Kinder auf Verfügungen zu ihrer Sicherheit antragen können, wenn der Vater das Fideicommiß unredlich verwaltet[63]).

61) *Nov.* 2. *Cap.* 2. §. 1. und *Nov.* 22. *Cap.* 23.

62) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCCVII. medit. 3. und *Jo. Sam. Frid.* BOEHMER Diss. de poenis secundar. nuptiar. genuinis et spuriis. §. 7.

63) *L.* 50. *D. ad SCtum Trebell. L.* 7. *D. Ut legator. et fid. causa cav.* S. *Jac.* CUJACIUS Commentar. in

2) Nach dem römischen und canonischen Rechte kann auch kein bigamus zum Priester ordinirt werden[64].

B. Besondere Nachtheile der zweyten Ehe für die Wittwe sind

1) die Strafen, welche das Römische Recht über sie verhängt, wenn sie während des Trauerjahrs, ohne erhaltene Dispensation, sich wieder verheyrathet. Von dem Trauerjahre der Wittwen, und den besondern Gründen desselben ist schon an einem andern Orte[65]) ausführlich gehandelt worden. Ich bemerke hier nur noch, daß die römischen Rechtsgelehrten den dort angegebenen doppelten Grund durch die Ausdrücke *lugere* und *elugere* unterscheiden[66]). Maritus *elugetur* propter turbationem sanguinis, d. h. die Wittwe muß ein Trauerjahr halten, zur Verhütung der Ungewißheit der Paternität, welche aus einer zu frühen Wiederverheyrathung entstehen

libr. XI. Quaestion. Papiniani ad h. L. (oper. postumor. a *Fabroto* editor. Tom. I. pag. 321.) *Ant.* Faber Jurisprud. Papinian. Tit. VIII. Illat. 4. pag. 301. et Illat. 6. pag. 326. und Westphal's Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 972. und 973.

64) *Nov. XXII. cap. 42. Nov. CXXXVII. c. 1. et 2. Can. 1. et 2. Dist. XXXIII. Cap. 2. et 3. X. de bigamis non ordinandis.*

65) S. den 5. Th. dieses Commentars. §. 379. S. 178. ff. und Th. 22. §. 1191. S. 393. Not. 24.

66) *L. 1. L. 11. §. 1 et 3. D. de his, qui notant. infam.* Seneca *Epist.* 63. Tacitus *de morib. Germanor.* Cap. 27.

würde [67]. *Lugetur* maritus more maiorum ab uxore propter honestatem et reverentiam defuncto marito debitam, induendo lugubria; d. h. die Wittwe betrauert den Mann aus Achtung durch Anlegung der Trauerkleider und Enthaltung alles dessen, was bey dieser Trauer für unschicklich gehalten wird [68]. Das Erste kann Statt finden, wenn auch das Letzte wegfällt, weil sich z. B. der Mann entleibte, oder als Missethäter starb. Ulpian hat dieses genau unterschieden, wenn er *L.* 11. §. 1. *et* 3. *D. de his, qui infamia notant.* sagt: Etsi talis sit maritus, *quem more maiorum lugeri non oportet*, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari. Praetor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur, *qui solet elugeri propter turbationem sanguinis.* — Non solent autem *lugeri*, ut Neratius ait, hostes, vel perduellionis damnati:

67) Brissonius de Verb. iur. Signif. Voc. *elugere* sagt: *Elugere* est tempus luctus explere. Eben so erklärt dieses Wort auch Gentilis de secundis nuptiis. Cap. 18. pag. 125. *Elugere*, sagt er, spectat ad tempus anni, quo abstinere nuptiis debet mulier, *licet non lugeat*, et debet ideo, quia turbatio sanguinis metuitur.

68) *L.* 8. *D. eodem.* Paulus *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. 2. §. 14. Qui *luget*, abstinere debet a conviviis, ornamentis, purpura, et alba veste. S. Brissonius voc. *Lugere.* Gentilis c. l. pag. 124. *Ant.* Schulting Jurisprud. vet. Antejust. pag. 265. *Jac.* Gutherius de iure manium. Lib. III. cap. 28. *Pagan.* Gaudentius Additam. critic. Cap. 29. (Tom. III. *Thes. I. R. Otton.* pag. 407.) *Herm.* Cannegieter Observation. iur. Rom. Lib. I. cap. 4. und *Ger. van* Brandwyk Diss. de luctu. *Lugd. Batavor.* 1726.

nec suspendiosi[69]), nec qui manus sibi intulerunt, non taedio vitae, sed mala conscientia. Si *quis*[70]) ergo, post huiusmodi exitum mariti, nuptum se collocaverit, infamia notabitur.

Eilt nun die Wittwe vor Ablauf der gesetzlich bestimmten Trauerzeit zur andern Ehe; so sagen die Gesetze von ihr, quod *luctus religionem*[71]) priori viro

69) *Suspendiosi* heißen hier nicht diejenigen, welche sich erhängt haben, wie es einige erklären; denn von Selbstmördern ist erst nachher die Rede, sondern diejenigen werden hier *suspendiosi* genennt, qui sunt in patibulo suspensi et cruci affixi. S. *Pet.* Faber Semestrium Lib. II. cap. 9. pag. 114. und *Nic.* Smallenburg ad Ant. *Schultingii* Notas ad Dig. Tom. I. (*Lugd. Batav.* 1804. 8.) pag. 418. not. 2.

70) Cod. Erlang. Si *qua*. Eben so Haloander, Miräus, Chevallon, Baudoza, und Merlinus. Dennoch giebt Noodt Comm. ad Dig. Lib. III. Tit. 2. §. Exposui. Tom. II. *Operum* pag. 81. der florentinischen Leseart den Vorzug. Das quis für quae sucht auch *Jo.* Cannegieter Disquisit. de Notis. pag. 349. zu rechtfertigen.

71) Der Ausdruck luctus religio deutet wohl unstreitig auf eine dem verstorbenen Manne schuldige Verehrung hin. Die Alten knüpften aber auch die Idee eines religiösen Aberglaubens daran; sie glaubten nämlich, die Asche des Verstorbenen könne nicht ruhen, und die Manen desselben irrten herum, ja ließen ihren Zorn sogar gegen das neue Ehepaar aus, wenn man nicht die Trauerzeit aushalte, wie man aus einer Stelle des Apuleius *Metamorphos.* Lib. VIII. Cap. *Ecce rursus.* pag. 150. (edit. *Alteburg.* 1778. 8.) sieht, wo die Wittwe dem zu frühen Heyrathsandrange ihres Bräutigams damit zurückweißt, sie müsse um ihrer Ehre (ob pudorem suum) und

haud praestiterit. Die gesetzlichen Strafen, welche sie treffen, sind folgende. Sie wird infam; eine Strafe, welche schon der Prätor in seinem Edict bestimmt hat[72]), durch die Verordnungen der Kaiser Gratian, Valentinian II. und Theodos I. aber wieder bestätiget, und dahin erweitert wurde, daß sie mit einem gänzlichen Verlust aller Vorzüge ihres Standes verknüpft seyn[73]) und selbst vom Kaiser nicht soll nachgelassen werden können[74]). Nur alsdann, wenn sie den Kindern erster Ehe die Hälfte ihres

um seines eigenen Wohls willen (tuum salutare commodum) die noch übrigen Monate des Trauerjahrs vollends abwarten, *ne forte immaturitate nuptiarum, indignatione iusta, manes acerbos mariti ad exitium salutis tuae suscitemus.* S. *Matth.* Rover Specim. ad loca quaedam iuris civ. depravata. (*Lugd. Bat.* 1739.) Cap. IX. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. select. in Acad. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 168. sq.)

72) *L.* 1. *D. de his, qui not. infam.*

73) *L.* 2. *C. de secund. nupt.*

74) *L.* 1. *Cod. Theod. eodem.* — Et sciat, nec de nostro beneficio, vel adnotatione, sperandum sibi esse subsidium. Diese Worte hat jedoch Tribonian in der daraus entlehnten *L.* 2. *C. Just. eodem* weggelassen. Dahingegen heißt es in einer andern Verordnung eben dieser Kaiser, *L.* 4. *C. Just. ad SCtum Tertull.* vom J. 380. Si qua mulier nequaquam *religionem* priori viro, ex quo filios, seu filias non habet, nuptiarum festinatione praestiterit, ex iure quidem notissimo infamis fit, *nisi huiusmodi maculam imperiale beneficium ei remittat.* S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad. L. 1. Cod. Theod. de secundis nuptiis. Tom. I. pag. 324. edit. *Ritter.*

Vermögens abtritt, soll eine Abolition möglich seyn [75]. Sodann darf sie ihrem zweyten Manne nicht über ein Drittel ihres Vermögens auf irgend eine Weise zuwenden, es geschehe durch Bestellung einer dos, oder durch Testament. Alles was ihr in einem letzten Willen hinterlassen wird, es seyen Erbschaften, Vermächtnisse, oder Fideicommisse, oder was ihr von Todes wegen geschenkt wird, ist zum Vortheil der Testaments- oder Intestaterben ungültig. Auch was ihr von ihrem ersten Manne hinterlassen worden ist, verliert sie, und fällt zuerst an die decem personas, die der Prätor in seinem Edict aufzählt, d. i. an die Ascendenten, und Descendenten, aus der Seitenlinie aber bis zum zweyten Grade; hiernächst, wenn keine von diesen vorhanden ist, an den Fiscus. Endlich soll sie auch zur Intestaterbfolge nur bis zum drittten Grade zugelassen werden [76]. Justinian hat alle diese Strafen be-

75) *L. 4. Cod. ad SCt. Tertull.* Sin autem ei filii erunt, seu filiae, et impetraverit indulgentiam, infamiae abolitionem permittimus, et caeterarum poenarum antiquationem, *si facultatum omnium, quae fuerunt tempore nuptiarum, medietatem filio, vel filiae, filiis, seu filiabus donarit, quos habebat ex viro priore susceptos, pure scilicet et omni donationis solennitate completa, nec retento quidem usufructu.*

76) *L. 1. Cod. Just. de secund. nupt.* S. *Jac.* Cujacius Recitation. solenn. in Cod. ad Tit. 9. libri V. de secund. nupt. L. 1. et 2. *Conr.* Rittershusius Jur. Justinian. P. IV. Cap. 3. nr. 6—17. *Pet.* Gudelinus Commentarior. de iure novissimo. Lib. I. cap. 12. pag. 30. *Scip.* Gentilis de secund. nupt. Cap. 18. *Greg.* Majansius Diss. de viduarum luctu. §. 26. (in *Eius* Disputat. iur. Tom. II. §. 197 sqq.) *J. H.* Boeh-

stätiget, und solche in der Nov. XXII. Cap. 22. folgendermassen zusammengefaßt.

Quodsi vero quidam prioribus nuptiis non contenti ad secundas transeant, illi a lege considerari debent, vel ut tales, qui ex prioribus nuptiis liberos non habent, habent vero ex secundis, vel contra qui ex secundis quidem nullos susceperunt liberos, susceperunt vero ex primis, vel ex utrisque liberos non habent, vel ex utrisque habent. Si igitur ex primo, vel etiam utroque matrimonio liberos non habeant, non est, ut de secundis nuptiis laboremus. Sed viri quidem ab omni observatione plane liberi erant, mulieres vero solum intra anni spatium ad secundum venire matrimonium metuent; aut sciant, quod si tale quid fecerint, et immaturas nuptias contraxerint, poenas sustinebunt, alias quidem, si ex priori matrimonio nullos habeant liberos, maiores vero, si liberos habeant. Nulla enim existente prole infamia statim sequetur, et mulier ob festinatas nuptias omnino infamis erit, neque quicquam eorum accipiet, quae a priore coniuge illi relicta sunt, neque donatione propter nuptias fruetur, neque secundo marito ultra tertiam substantiae suae partem dabit [77]. Sed nec liberalitatem ab extraneo

MER Diss. de secundis nupt. praecipue illustrium personar. §. 44—46.

77) Wie wenn sie ihm dennoch zum Universalerben eingesetzt hätte? Das Testament wird darum nicht ungültig seyn, sondern der Mann bekommt hier ex testamento mehr nicht, als ⅓; im Uebrigen tritt die Intestaterbfolge

percipiet, nec ab ullo extraneo aut hereditatem, aut fideicommissum, aut legatum, aut mortis causa donationem omnino accipiet: sed illa venient, aut manebunt apud heredes defuncti, vel etiam coheredes eius, si quidem omnino heres esse potuit, ipsa nullam exinde utilitatem habente. Sed si alii heredes scripti adsint, vel etiam ab intestato vocentur, ad eos pervenient, quae mulieri illi relictà sunt. Non enim fiscus ea vindicabit, (ne forte videamur haec corrigentes commodis fisci providere,) sed illa quidem, quae ab extraneis illi relicta sunt, ad alios venient: quae vero a priore marito, haec illi ablata pervenient ad decem personas marito, qui ea reliquit, cognatione iunctas, et Edicto comprehensas; hoc est, ascendentes, et descendentes, et collaterales usque ad secundum gradum [78]), gradibus in suo ordine servandis; quibus non existentibus, ad aerarium devolventur.

§. 1. Quin neque ab intestato hereditatem cognatorum suorum remotiorum adibit, sed usque ad tertium solum gradum ubique inspiciendum

ein. *L.* 55. *in fin. D. de legat. II.* S. Cujacius Recitat. ad L. 1. Cod. de secund. nupt. und Majansius cit. Diss. §. 28. pag. 199. Sind aus der vorigen Ehe Kinder da, so geht es nach der Verordnung der *L.* 6. *C. de secund. nupt.*

78) Wer diese decem personae sind, die der Prätor in seinem Edict dem extraneus manumissor vorzog, sagt §. 3. *I. de bonor. poss.* Man vergleiche auch meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 93.

successio eius sistetur: remotiores autem alios habebunt heredes. Et quae praeter alias poenas illi infertur, infamia scilicet, siquidem nullos ex priore matrimonio habeat liberos, remittitur, *Imperatore per litteras id iubente:* si vero liberi cuiuscunque sexus adsint, licebit quidem illi *infamiae causa* [79]) Imperatori supplicare, nullam vero ex rescripto capiet utilitatem. Si tamen velit *ex indulgentia principis* [80]) aliquam percipere utilitatem, et a reliquis poenis liberari, liberis prioris matrimonii dimidiam substantiae suae partem pure et sine ulla exceptione donet, ita ut ne usumfructum quidem retineat: sed totius substantiae suae, quam habebat, cum ad secundum veniret matrimonium, dimidiam, sicut diximus, partem liberis ante natis cedat. Atque hanc liberi ex aequo divident, et si liberos habent, ad liberos suos transmittent. Oportet enim et veteribus legibus quaedam addere. Sin autem non habeant, defuncti vel defunctorum partes omnes eorum fratres pro rata portione capient [81]). Si vero omnes mortui sint, habeat mater hoc infelicitatis suae solatium, quod

79) Im griech. Text ὑπὲρ τῆς ἀτιμίας, *pro abolenda infamia.*

80) Scrimger hat ἐκ τῆς βασιλείας. Haloander ἐκ διατάξεως. *Basilica* T. IV. pag. 456. ἐκ βασιλέως.

81) In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 457. stehen noch die Worte: οὐ προτιμώμενοι τῆς μητρὸς εἰς τὴν ἄλλην οὐσίαν τοῦ τελευτήσαντος παιδὸς, ἢ τῶν τελευτησάντων. i. e. *matri non praelati in reliquis bonis defuncti filii, defunctorumve.*

ista recipiet [82]). Atque haec dicimus, si liberi intestato mortui sunt. Non enim prohibemus, quominus testamenta faciant de iis, quae semel ipsorum facta sunt, vel inter vivos, quo velint modo, disponant. Hae igitur poenae illis, quae intra tempus luctus nupserunt, immineant: et tres de his antea scriptas constitutiones haec nostra lex hac una accessione, ut decet, aucta protulit.

Ueber die heutige Anwendbarkeit dieser Strafen sind die Ansichten der Rechtsgelehrten sehr verschieden. Darin sind alle einverstanden, daß die Strafe der Infamie durch das canonische Recht aufgehoben sey [83]). Allein ob dieses auch von den übrigen Strafen des verletzten Trauerjahrs

82) In den Basiliken findet sich noch der Zusatz: δηλαδὴ τοῦτο τὸ ἥμισυ, ὅπερ τοῖς παισὶν, ἢ ταῖς θυγατράσιν ἐδωρήσατο. i. e. *hanc scilicet dimidiam partem, quam filiis aut filiabus donavit.* Auch der griechische Scholiast Theodor hat diesen Zusatz Sch. b. pag. 489. und fügt noch zur Erläuterung hinzu: σὺ γάρ οὕτω νόει τὸ ῥητὸν τῆς πάσης διατάξεως, καὶ μὴ εἴπης ὡς ἕτεροι δοξάζουσιν, ὅτι ἄλλων παίδων μὴ ὑπόντων κληρονομεῖ τὸν μόνον ὑπολειφθέντα υἱόν αὐτῆς ἡ δευτερογαμοῦσα πρὸ τοῦ πενθίμου χρόνου εἰς τὸ πᾶν τῆς ἄλλης καὶ ὅλης αὐτοῦ περιουσίας. i. e. *Sic enim intellige, quod dicit haec constitutio: nec dixeris, ut quidem sentiunt, quod si non existant alii liberi, succedit, quae secundo nupsit intra annum luctus, ei, qui solus remansit ex liberis, in reliquis eius bonis.*

83) Die hierher gehörigen Texte des canon. Rechts, *Cap. 4. et 5. X. de secund. nupt.* sind schon an einem andern Orte dieses Commentars Th. 5. §. 379. S. 184. Not. 9. vorgekommen.

gelte, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere [84]) bezweifeln dieses aus dem Grunde, weil die Beobachtung des Trauerjahrs auf einer natürlich unabänderlichen Anständigkeit beruhe, wogegen der Apostel Paulus, auf den sich die Päbste in ihren Verordnungen berufen, nichts gelehrt habe. Es lasse sich auch von der Erlassung der Strafe der Infamie auf die Aufhebung der übrigen Strafen kein gültiger Schluß machen, weil jene blos die Ehre und den guten Namen der Wittwe angreift, welche ihr wohl habe erlassen werden können; allein die Erlaßung der übrigen Strafen würde in die Rechte der Kinder, oder anderer Verwandten eingreifen, und diesen zum Nachtheil gereichen. Allein dieser Meinung wird mit Recht von Andern [85]) widersprochen. Denn haben die Päbste der Wittwe

84) Cujacius Recitation. solenn. ad L. 1. Cod. de secund. nupt. Gentilis de secundis nuptiis. Cap. 18. p. 142 sq. *Jo.* Sichardus Praelection. in Cod. ad Rubricam Tit. 9. Libri V. de sec. nupt. nr. 14. et 15. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 7. pag. 141. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCC. medit. 19.

85) *Lud.* Engel Colleg. univ. iuris canon. Lib. IV. Tit. 21. §. Sunt vero. *van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. 15. Cap. 3. nr. 12. *Ant.* Faber Cod. definition. for. Lib. V. Tit. 5. Definit. 1. *Franc.* Schmier Jurisprud. canon. civ. Tom. III. Lib. IV. Tr. II. Cap. 4. Sect. 3. §. 2. nr. 150. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 21. §. 17. Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 17. Alssen Diss. de eo, quod hodie iuris est circa poenas secundis nuptiis scriptas. §. 29. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 510. Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 557. *Ant.* Schmidt Institut. iuris eccles. Germ.

einmal die Strafe der Infamie aus dem Grunde erlassen, weil der Apostel Paulus sagt, die Frau sey von dem Gesetz des Ehestandes entbunden, wenn der Mann stirbt, und könne heyrathen, wen sie wolle [86]); ihre Erklärung und Anwendung dieses Ausspruchs mag nun hermeneutisch richtig, oder unrichtig seyn; so wäre es ja widersprechend ja widersinnig gewesen, sie doch noch irgend einer der übrigen Strafen zu unterwerfen, welche das römische Recht auf die Verletzung des Trauerjahrs gesetzt hat. Man wird sich davon noch mehr überzeugen, wenn man die Verordnung des Pabstes Innocenz III. von welcher uns Raymund in dem *cap.* 5. X. *de secund. nupt.* nur einen Auszug gegeben hat, bey Böhmer [87]) in ihrer Ergänzung vergleicht. Merkwürdig sind die Worte, welche Raymund weggelassen hat. Cum igitur ad secunda disponas vota transire, sciens, *quod nubere melius est, quam uri;* tuum in domino propositum commendamus *et ne id tibi, vel ei, qui te duxerit, in iacturam, vel infamiam, ab aliquo imputetur,* auctoritate praesentium expressius inhibemus: *cum concessam tibi ab Apostolo nubendi, tantum in domino, liberam habeas facultatem.* Aus diesen Worten erhellet klar, daß die Wittwe, welche vor Ablauf des Trauerjahrs zur andern Ehe schreitet, gegen allen Nachtheil (iactura), den sie sonst noch, außer der Infamie, nach dem römischen Recht zu befürchten haben würde, unter dem Schilde des

Tom. II. §. 120. MÜLLER Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Obs. 529. SCHWEPPE Roem. Privatrecht. §. 721.

86) *I.* Korinth. *VII.* v. 39.

87) Corp. iur. canon. Tom. II. pag. 696.

Apostels geschützt seyn soll. Daran aber dachte wohl weder Innocenz III. noch sein Vorgänger Pabst Urban III. hiermit alle Strafen der zweyten Ehe, und also auch diejenigen aufzuheben, welche das römische Recht zu Gunsten der Kinder erster Ehe verordnet hat. Man würde ihren Worten, die so bestimmt nur von der Ehe intra tempus luctus sprechen, offenbar Gewalt anthun, wenn man sie soweit ausdehnen wollte [88]). Man würde auch die Praxis gegen sich haben, welche die heutige Anwendung dieser Strafen durch so viele Urtheilssprüche bewährt, daß sich dieselbe, wenigstens außerhalb Sachsen [89]), mit zureichenden Gründen nicht bestreiten läßt [90]). Es läßt sich sogar aus guten Gründen behaupten, daß selbst das canonische Recht die Strafen der Eingehung einer zweyten Ehe vor Ablauf des Trauerjahrs in dem Falle nicht habe aufheben wollen, da die Wittwe während der Trauerzeit Unzucht begeht. Das römische Recht [91]) läßt hier die Strafen des

88) Gleichwohl ist *Mich. God.* WERNHER Lectissimar. Commentation. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 18. anderer Meinung, dessen unbedeutenden Gründe aber schon MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. III. Obs. 526. widerlegt hat.

89) In Sachsen gelten die Strafen der zweyten Ehe nicht. CARPZOV P. II. Const. XLIII. Def. 17. BERLICH P. III. Conclus. XXIX. nr. 46. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCC. medit. 3.

90) S. *Jo. Ulr. de* CRAMER Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1019. pag. 53 sq. *de* CANNGIESSER Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. CX. nr. 169 sq. Ge. Ludw. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. 2. B. Nr. 106. Qu. 2. n. 30. S. 89. Man s. auch oben Not. 9. S. 162.

91) *L. 7. in fin. C. de revocand. donat. Nov. XXXIX. Cap. 2.*

verletzten Trauerjahrs, als sich von selbst verstehend, in ihrer ganzen Strenge eintreten; und das canonische Recht hat hierin nichts geändert. Denn da die angeführten Verordnungen der Päbste ausdrücklich eine solche Wiederverheyrathung der Wittwe voraussetzen, welche, wie der Apostel **Paulus** sagt, *ἐν κυρίῳ*, **in dem Herrn** geschieht; so würde man ihnen in der That eine mehr als widersinnige Auslegung des Apostels aufbürden, wenn man dieselben auch auf die während des Trauerjahrs begangene Unzucht einer Wittwe deuten wollte [92]).

Noch bemerke ich, daß wenn gleich das Trauerjahr der Wittwe eigentlich nur bey einer Trennung der Ehe durch den Tod des Mannes Statt findet; die Gesetze der Frau doch auch bey der Scheidung ein Jahr vorgeschrieben haben, welches sie bis zu ihrer Wiederverheyrathung abwarten muß, jedoch nur die Besorgniß zum Grunde hat, daß sie sich von dem geschiedenen Mann schwanger befinden könnte. Es erhellet dies aus der Verordnung der Kaiser **Theodos** und **Valentinianus** *L. 8. §. 4. Cod. de repudiis*, wo es heißt: Si vero causam (sc. repudii) probaverit intentatam: tunc eam et dotem recu-

92) Man vergleiche Gudelinus Commentar. de iure novissimo. Lib. I. cap. 12. §. Utrum. in fin. pag. 33. *Ge.* Beyer Diss. de concubitu intra tempus luctus. *Lips.* 1700. Cap. 3. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 214. §. 2. *Jo. Frid.* Sarnighausen Diss. de poena concubitus intra annum luctus privata, per cap. penult. et ult. X. de secundis nuptiis non abrogata. *Goetting.* 1775. **Fried. von Bülow** u. **Theod. Hagemann's** pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. B. Erört. LX. und **Schweppe** röm. Privatrecht §. 722.

perare, et ante nuptias donationem lucro habere, aut legibus vindicare censemus, et *nubendi post annum ei, ne quis de prole dubitet, permittimus facultatem.* Nach einer Verordnung des Kaisers Anastasius *L.* 9. *C. eodem.* soll dieses Wartejahr auch in dem Falle gelten, wenn sich die Ehegatten mit beyderseitiger Einwilligung (bona gratia) getrennt haben. Doch findet man nicht, daß besondere Strafen auf die Nichtbeobachtung dieses Wartejahrs wären gesetzt worden.

2) Die Mutter verliert die Erziehung ihrer Kinder erster Ehe, auch die über sie geführte Vormundschaft, wenn sie sich anderweit verheyrathet.

L. 1. *Cod. Ubi pupilli educari debeant. Imp.* Alexander. Educatio pupillorum tuorum nulli magis, qnam matri eorum, *si non vitricum eis induxerit*, committenda est.

Nov. XXII. Cap. 38. Illud quoque ab eodem Imperatore (*Alexandro*) constitutum invenimus, et dignum existimavimus, ut pars legis nostrae fieret, quoniam mater ad liberorum educationem magis idonea videtur, lex ei quoque hoc tribuit, *nisi ad secundas venerit nuptias.*

Hatte die Mutter, bey Uebernehmung der Vormundschaft, der zweyten Ehe eidlich entsagt, und sie schreitet dennoch, uneingedenk dieses Eides, zur zweyten Ehe, ohne vorher um die Bestellung eines andern Vormundes gebeten, Rechnung abgelegt, und dasjenige, was sie daraus schuldig ist, herausgegeben zu haben; so soll sie nicht nur von der Erbfolge des Kindes, wenn es in der Unmündigkeit stirbt, ausgeschlossen seyn, möge sie auch der Vater

dem Kinde selbst substituirt haben; sondern sie soll auch allen den Strafen unterworfen seyn, welche diejenigen Weiber treffen, die während des Trauerjahrs zur andern Ehe schreiten. Denn da sich beyde vor der Zeit wieder verheyrathen, so verdienen sie auch gleiche Strafe. Hierher gehört die Nov. *XXII.* Kap. 40.

Sin autem mater liberorum, impuberum scilicet, tutelam gerat, seque secundas nuptias non inituram iuret, deinde priori coniugio et iuramento contemto, secundas nuptias, neque tutore prius petito, neque redditis rationibus, neque eo, quod exinde debet, soluto contrahat, lex non solum bona eius hypothecae iure liberis tenere permittit, verum etiam in mariti substantia hypothecam constituit, ipsam quoque a successione filii, si impubes moriatur, excludit, licet pater ex substitutione eam filio succedere voluerit. Atque haec quidem maiores nostri [93]. Nos vero miramur, quod mulieri adeo impiae, ut etiam iusiurandum ultro negligat, sicque intempestivas nuptias contrahat, tribus maximis neglectis, Deo, memoria defuncti, et amore erga liberos, adeo leves poenas irrogarint: ac illam quidem, quae ante tempus luctus nupsit, nec liberos habuit, severe puniant, imo etsi liberos non habeat, propter solam honestatem hoc agant; mulieri vero in libidinem prolapsae non easdem imposuerint poenas,

93) Justinian meint hier die Verordnungen der Kaiser Theodos und Valentinianus vom J. 439. *L.* 6. *Cod. In quib. caus. pignus vel hyp. tacite contr.* und *L.* 6. *Cod. ad SCtum Tertull.*

quas illae sustinent, quae intra tempus luctus secundum matrimonium contraxerunt. *Quare sancimus, ut mulieres, quae imposterum sic peierare ausae fuerint, praeter poenas iam constitutas, eas quoque omnes sustineant, quas ante de mulieribus nubentibus intra tempus luctus diximus, infamiam, reliquaque omnia illis irrogantes, et eandem liberationem a poenis concedentes, quam illis concessimus, scilicet, ut supplicent Imperatori, atque liberis suis dent dimidiam bonorum partem, ne usufructu quidem apud eas manente.* Et in genere, *propter immaturitatem nuptiarum, illam* aequalem facimus ei, quae *intra tempus luctus* nupsit.

Nach einer neuern Verordnung des Kaisers Justinian, *Nov. XCIV. Cap.* 2. soll zwar die bloße Entsagung der zweyten Ehe allein, nebst der Verzichtung auf die weiblichen Rechtswohlthaten, ohne Eid, genügen, wenn eine Mutter die Vormundschaft über ihre unmündigen Kinder übernehmen will; allein schreitet sie, vor Endigung der Tutel, zur andern Ehe, so soll sie nicht nur die Vormundschaft verlieren, sondern auch eben so bestraft werden, als ob sie geschworen hätte.

Quia vero admodum veremur, ne iuramenta facile per magnum Deum praestentur et violentur: propterea etiam hanc legem corrigendam putavimus, quae matres, quando liberorum tutelam suscepturae sunt, iusiurandum praestare vult, quod ad secundas nuptias non sint transiturae. — Propterea sancimus, ut idem plane, quod in matribus custodimus, secundum priorem formam obtineat, ipsaeque Vellejano Senatusconsulto et

omni auxilio renuncient, omniaque faciant, quae ante definita sunt: *iusiurandum vero non praestent*, sed sola renunciatio tum reliquis omnibus, tum etiam secundis nuptiis facta sufficiat, nullo iureiurando hac de re praestando. *Simulac tamen secundas nuptias contraxerit, a tutela expellatur, atque ea fiant, quae si iurasset, pertulisset, quod semel in iudicio mentita sit, suaeque confessioni et depositioni secundam concupiscentiam praetulerit.*

Daß zwar auch hier die Gesetze für das Beste der Kinder der erstern Ehe gesorgt haben, ist keinem Zweifel unterworfen, da die Erfahrung lehrt, daß durch Eintretung eines Stiefvaters sich insgemein die Gesinnungen der Mutter gegen die Kinder erster Ehe, und ihre Behandlungsart zu ändern pflegen [94]. Deswegen hören aber doch die in den angeführten Gesetzen bestimmten Folgen der zweyten Ehe nicht auf, Strafen zu seyn, wie Böhmer [95] mit Unrecht in Zweifel zieht, indem ja die Gesetze die Eingehung einer zweyten Ehe vor Endigung der Tutel, der unerlaubten Ehe während der Trauerzeit völlig gleichachten [96]. Daß aber der Vater die Tutel über sein emancipirtes unmündiges Kind verliere, wenn er zur andern Ehe schreitet, sagen die Gesetze nirgends [97]. Es

94) Wie treffend ist die Schilderung in Homeri *Odyss.* Lib. VI.?

95) Diss. de poenis secundar. nuptiar. genuin. et spuriis. §. 6.

96) S. *J. H.* Boehmer Diss. de secund. nuptiis praecipue illustr. personar. Cap. I. §. 48.

97) *Scip.* Gentilis de secundis nuptiis. Cap. XIX. p. 145. und Boehmer Diss. cit. de sec. nupt. Cap. I. §. 48.

ist daher eine eigenthümliche Strafe der Mutter, an deren heutigen Anwendung sich mit Grund um so weniger zweifeln läßt [98]), da sie auch in dem canonischen Rechte bestätiget ist [99]). Jedoch behaupten unsere heutigen Practiker, es komme hierbey auf die Umstände an, und könne, bey dem bekannten guten Rufe des Stiefvaters, und bey der erprobten Fortdauer der mütterlichen Zärtlichkeit gegen die Kinder erster Ehe, der Mutter die Erziehung und bisher geführte Vormundschaft ihrer Kinder durch richterliches Decret gelaßen werden [100]).

Nach einer jedoch nicht glossirten Novelle des Kaisers Justinian, *Nov. CLV. Cap.* 1. soll auch gegen

98) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCC. medit. 13. 14. 15. S. Jac. Fried. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 2. Band (Göttingen 1795. 8.) Bemerk. VIII. S. 80 ff.

99) *Cap.* 67. *X. de appellat.* Verb. quod cum res, de quibus in iudicio agebatur, et praedicti filii eius sub potestate et *tutela* ipsius minime permanerent, *cum iam ad secunda* vota transiisset, super his ei non tenebatur ipsorum nomine, *quorum tutrix esse desierat,* respondere etc.

100) Stryk Us. mod. Pand. Lib. XXVII. Tit. 2. §. 2. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. P. II. eod. Libr. et Tit. §. 3. Huber Praelect. ad Pand. Tom. II, Tit. Ubi pupillus educari deb. §. 2. *Ott. Lud. de* Eichmann Diss. sist. vindicias doctrinae de cauta applicatione L. 1. C. Ubi pup. educari deb. et Nov. XXII. cap. 38. (in desselben Sammlung kleiner Abhandlungen aus der Rechtsgelehrs. Philosophie u. Oekonomie. Halle 1782. 8. Nr. XVI. S. 202—237.) Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. 1. §. 668. Not. c.

die Mutter, die als Vormünderin ihrer unmündigen Kinder zur andern Ehe geschritten, und aus Vorliebe für die Kinder der zweyten Ehe zum Nachtheil der erstern gehandelt hat, die sonst gegen die Eltern nicht Statt findende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zugelassen werden. Der Umstand, daß die Mutter, als Vormünderin, zur andern Ehe geschritten, war hier dem Gesetzgeber, der deßelben auch ausdrücklich gedenkt: cum lex nostra nullam earum mentionem faciat, quae *tutelam liberorum suorum* suscipiunt, et *secundas nuptias* eligunt, um so weniger gleichgültig, da gerade in der Wiederverheyrathung der Mutter der Grund der nachtheiligen Behandlungsart derselben gegen die Tochter der ersten Ehe lag, welche ohne dieselbe von der natürlichen Liebe der Mutter zu ihren Kindern, aus welcher die Gesetze die Anomalie einer weiblichen Vormundschaft rechtfertigen, nicht zu erwarten gewesen wäre. Daher zählen die meisten Rechtsgelehrten [1]) auch dieses unter die Wirkungen der zweyten Ehe, daß die Kinder gegen die Mutter, als Vormünderin, Restitution erhalten können. Endlich verliert auch die Mutter durch die zweyte Heyrath

3) noch insonderheit das Recht, die den Kindern der ersten Ehe gemachte Schenkung wegen Undankbarkeit zu revociren. In einer, jedoch sehr interpolirten Verord-

1) Cujacius Exposit. Nov. CLV. Rittershusius iure Justin. P. VIII. Cap. 7. Hilliger ad Donellum. P. II. Lib. XXI. Cap. 12. pag. 835. Not. x. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCC. medit. 2. Cocceji iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. 1. Qu. 8. in fin. Man sehe auch den 5. Th. dieses Commentars. §. 443. S. 465. Not. 23. Anderer Meinung ist jedoch Thibaut im Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 393. a. E.

nung der Kaiser Constantius und Constans vom Jahre 349. so wie wir sie jetzt in dem Justinianeischen Codex, *L. 7. de revocand. donation.* [a]) lesen, heißt es: His solis matribus, *quae non in secundi matrimonii foedus nupserint*, sed unius tantum matrimonii sunt, revocandarum donationum, quas in filios fecerint, ita decernimus facultatem, si eos ingratos circa se esse ostenderint. Allein Justinian hat dieses nachher in der *Nov. XXII. Cap. 35.* dahin gemildert, daß er ihr dieses Recht in drey Fällen wieder gegeben hat, nämlich wenn sie sich über Lebensnachstellungen, oder über Thätlichkeiten, oder über Anschläge gegen ihr ganzes Vermögen zu beschweren hätte.

a) Diese Constitution ist eigentlich aus zwey Verordnungen der Kaiser Constantius und Constans zusammengesetzt, die wir im Theodosianischen Codex Lib. VIII. Tit. 13. finden; nämlich *L. 1. et 2. de revocandis donationib.* welche zusammen gehören, und ursprünglich nur eine Constitution ausgemacht haben; denn beyde sind datirt *XII. Kal. Octob.* 349. und *L. 4. eodem* vom J. 358. Nach den beyden ersten Gesetzen war ein Unterschied zwischen Vater und Mutter. Der Mutter ward nur L. 1. erlaubt, die Hälfte der Schenkung wegen Undankbarkeit der Kinder zu revociren, und auch diese nur, wenn sie römische Bürgerin, und nicht zur zweyten Ehe geschritten ist; dabey darf sie sich auch nicht schlecht aufgeführt haben. Dahingegen wird dem Vater L. 2. unbedingt das Recht gegeben, die an emancipirte Kinder gemachten Schenkungen zu wiederrufen, wenn sich diese undankbar betragen. Nachher aber ward auch der Mutter L. 4. das Recht gegeben, die Schenkung ganz zu revociren. S. *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 1. et 2. et 4. Cod. Theod. de revoc. donat. Tom. II. p. 656 et 661.

Mater tamen, quae filio ex bonis suis quid donavit, *si ad secundas nuptias venerit*, praetextu ingratitudinis, quod datum est, revocare non poterit. Non enim sincero iudicio ingratitudinem obiicere videtur, sed ad secundas nuptias respiciens in eam cogitationem venisse praesumitur: *nisi manifesto probetur, filium vel matris vitae insidias struxisse, vel impias manus intulisse, vel ut totam substantiam illi auferret, aliquid contra ipsam molitum esse.*

Noch ist die Frage übrig, ob die Strafen der zweyten Ehe, welche das Beste der Kinder erster Ehe bezwecken, auch in dem Falle gelten, wenn die Ehe nicht durch den Tod, sondern durch Scheidung getrennt worden ist? Wir können diese Frage ohne Bedenken bejahen. Denn Erstens sehen die Gesetze die zweyte Ehe von der Seite an, als geschehe den Kindern der ersten dadurch Unrecht, quia omnibus simul *per secundas nuptias* iniuriam intulit, heißt es *Nov.* 2. *Cap.* 1. Der Grund ist nun ganz derselbe, die erste Ehe mag durch den Tod oder durch Scheidung getrennt seyn. Zweytens daß aber wirklich auch der Fall der Scheidung mit inbegriffen sey, beweist klar die *Nov. XXII. Cap.* 30. wo Justinian sagt:

Quoniam vero continua oratione ubivis de lucris in solutionibus, quae per mortem fiunt, sancivimus, breviter et hoc addimus, ut quaecunque parentes, *matrimonio per repudium soluto*, sive *bona gratia misso*, sive *aliter*, aut dotis aut donationis propter nuptias titulo lucrati fuerint, *haec omnia ad imitationem lucrorum, quae morte obveniant, liberis serventur.*

§. 1218.

Mosaische Eheverbote sowohl wegen der Blutsfreundschaft als Schwägerschaft, nach 3. B. Mose XVIII. und XX.

Nachdem wir bisher die mancherley Eheverbote des römischen und canonischen Rechts erklärt haben, so sind nun noch die Eheverbote des mosaischen Rechts zu erörtern übrig. Sie sind im 3. B. Moses Kap. XVIII. und XX. enthalten [3]). Um den Geist dieser Ehegesetze Mosis zu verstehen, und den Umfang ihrer Verbindlichkeit richtig zu beurtheilen, sind hier einige Bemerkungen vorauszuschicken. Soviel zuförderst die Ordnung und Verbindung derselben mit den übrigen mosaischen Gesetzen anlangt; so stehen sie in der Reihe der levitischen Ceremonialgesetze. Sie sollten folglich eben so, wie die übrigen Gesetze Mosis, von den Opfern, dem jährlichen Versöhnungsfeste, der Enthaltung von Blut- und Aaßessen, u. s. w. welche vorangehen, zunächst und eigentlich nur das Volk Israel verbinden. Doch machen sie gleichsam einen neuen Abschnitt aus, welcher mit den Worten anfängt, die Gott

3) Die vorzüglichsten Schriften sind *Jo. Barthold.* Niemeieri de coniugiis prohibitis Dissertationes iunctim editae. *Helmstadii* 1705. 4. *Ge. Henr.* Ayrer Commentat. iuris eccles. de iure dispensandi circa connubia iure divino non diserte prohibita. *Goett.* 1742. 4. Sect. III. pag. 97—160. Historische Abhandlung von den Ehegesetzen und den verbotenen Ehen. Bützow und Wismar 1761. 8. Nähere Entwickelung der vornehmsten Streitfragen, die Ehen naher Blutsfreunde betreffend. Tübingen 1785. 8. besonders aber Johann David Michaelis Abhandlung von den Ehegesetzen Mosis, welche die Heyrathen in die nahe Freundschaft untersagen. 2. Aufl. Göttingen 1768. 4.

zu Mose sprach: Rede mit den Kindern Israel, und sprich zu ihnen: Ich bin der Herr euer Gott. Ein Beweis, daß nur den Israeliten, aber nicht allen Völkern der Erde, diese Gesetze gegeben seyn sollten. Denn Gott kündigt sich ihnen hier, als ihr Gott, als Oberherr und Beschützer eines von ihm damals auserwählten Volkes, des Volkes Gottes an, welches durch die ihm gegebenen Gesetze von allen andern Völkern unterschieden, vor der Verführung zur Abgötterey verwahrt, und zum Vertrauen auf Gott, als seinen König und höchsten Wohlthäter, ermuntert werden sollte. Denn Phil. Slevogt[4]) bemerkt sehr richtig, daß der Name Gottes mit dem Possessivum dein, oder euer, immer auf einen Beschützer und Führer, auf einen Wohlthäter (ἐνεργέτης) hindeute. Hierauf bezieht sich denn auch, was David Psalm CXLVII. v. 19. und 20. von Gott sagt: Er zeigt Israel seine Sitten und Rechte; so thut er keinem Heiden, noch läßt sie wissen seine Rechte. Nach diesem Eingange folgt nun 1) das allgemeine Verbot: Ihr sollt nicht thun nach den Werken des Landes Aegypten, darin ihr gewohnt habt, auch nicht nach den Werken des Landes Canaan, darein ich euch führen will. Ihr sollt euch nach ihren Sitten nicht richten; sondern nach meinen Rechten sollt ihr thun, und meine Gebote sollt ihr halten, daß ihr darinn wandelt, denn ich bin der Herr euer Gott. Offenbar giengen die Sitten der Aegyptier und Cananiter nicht blos auf Abgötterey, sondern auch auf Blutschande, auf die unter ihnen in Schwange gegangenen schändlichen Ehen, mit der leiblichen Schwester, mit der Stiefmutter, ja so-

4) Comm. in Marcum Cap. 12.

gar mit der rechten Mutter, und mit Mutter und Tochter zugleich, wodurch sich jene Länder damals in der Unsittlichkeit, besonders aber Canaan, auszeichneten[5]). Durch die Gesetze, welche Gott seinem Volke Israel durch Mosen bekanntmachen ließ, sollten also die Israeliten gegen jene Greuel verwahrt, und von allen andern Völkern, als das von Gott zu seinem Eigenthum erwählte Volk, unterschieden, und abgesondert werden. Hieraus erklärt sich denn auch, warum gerade jene Ehen am strengsten, ja zu wiederholten Malen verboten worden, hingegen derjenigen Ehen in den Gesetzen Mosis gar nicht gedacht wird, die auch bey jenen Völkern unerhört waren, wie z. B. die Ehe des Vaters mit seiner leiblichen Tochter, weil er eine solche Schandthat unter seinem beßer gezogenen und keuscheren Volke noch weniger vermuthete[6]). Die nun noch im 4. Vers hinzugefügte Belohnung, darum sollt ihr meine Gebote halten, und meine Rechte; denn welcher Mensch dieselben beobachtet, der wird dadurch leben, denn ich bin der Herr, beweist noch mehr, daß diese Gesetze nur allein die Israeliten angehen sollten. Denn darin sind alle Ausleger einverstanden, daß durch die Verheißung des Lebens, nicht jenes ewige Leben jenseits des Grabes angedeutet werden solle, wie aus der Androhung der Strafe sich ergiebt, welche die Uebertreter dieser Gesetze treffen wird, daß sie aus ihrem Volke ausgerottet werden, und des Todes sterben sollen. (XVIII. 29. XX.) Nein, die Verheißung eines glücklichen Lebens in dem verheißenen Lande Canaan. Denn ein so sinnlich denkendes Volk konnte nur durch

5) S. Michaelis angef. Abhandlung. Kap. 3. §. 32. S. 107.

6) Michaelis §. 96. S. 269 ff.

sinnliche Strafen, und sinnliche Belohnungen zum Gehorsam gegen die Gesetze angetrieben werden. Daher heißt es XX. 24. Ich will euch ein Land zum Erbe geben, darinn Milch und Honig fließt. Denn ich bin der Herr, euer Gott, der euch von den Völkern abgesondert hat. Wenn nun aber gleichwohl in dem Kap. XVIII. v. 24. ff. und Kap. XX. v. 22. ff. gesagt wird, daß um der Uebertretung dieser Gebote willen die Heiden aus dem Lande ausgestoßen werden sollten, welches Gott den Israeliten verheißen habe, und letztern dadurch ein desto stärkerer Antrieb gegeben wird, dieselben auf das heiligste zu beobachten, damit ihnen nicht ein gleiches Schiksal wiederfahre; so haben dieses mehrere, sowohl Theologen als Rechtsgelehrte [7]), für einen ganz entscheidenden Beweis annehmen wollen, daß die Ehegesetze Mosis für allgemeine, alle Menschen auf der ganzen Welt bis auf den heutigen Tag verbindende Gesetze gehalten werden müßten, gegen welche keine Dispensation Statt finde. Allein man ist jetzt ziemlich damit im Reinen, daß dieses eines Theils nur zur Rechtfertigung der gewaltsamen Eroberung Canaans von Mose gesagt, theils nur von solchen Geboten

7) Gerhard Loc. Theol. L. de coniugio. Oper. T. XV. pag. 280 sqq. edit. *Cott.* Joach. Lange Mosaisches Licht und Recht über Lev. 18. Joh. Fried. Gühling Anmerkungen zu Jerusalems Beantwortung der Frage, ob die Ehe mit der Schwester Tochter nach den göttlichen Gesetzen zuläßig sey? Chemnitz 1755. Ammon über das moralische Fundament der mosaischen Eheverbote. Göttingen 1798. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 389. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 368. Schmalz Handbuch des canonischen Rechts. §. 304 u. a.

zu verstehen ist, welche wider diejenigen Greuel der Unkeuschheit gerichtet sind, deren Unnatürlichkeit schon die Vernunft erkennt, und die also auch ohne alles ausdrückliche Gesetz schon an sich abscheulich und strafwürdig sind [8]. Dieß sind nun besonders diejenigen, welche im Kap. 20. angeführt werden. Man wende nicht ein, daß Kap. *XVIII.* V. 24. gesagt werde: Ihr sollt euch in dieser keinem verunreinigen, denn in diesem allen haben sich verunreiniget die Heiden, die ich vor euch her will ausstoßen; ja daß es V. 27. nochmals heiße: denn alle solche Greuel haben die Leute dieses Landes gethan, die vor euch waren, und haben das Land verunreiniget. Denn giengen gleich die Juden alle in dem ganzen Kap. *XVIII.* erwähnten Gebote an, so war doch der Grund ihrer Verbindlichkeit nicht überall derselbe, indem diese Gebote, wie von Niemand geläugnet wird, theils natürliche Sittengesetze, theils bürgerliche oder positive Gesetze sind. Nur die erstern, welche schon die Vernunft lehrt, und, wie der Apostel Paulus sagt, jedem Menschen ins Herz geschrieben sind, giengen auch die Heiden an, weil sie

8) Man vergleiche hier vorzüglich D. Joh. Phil. Gabler's theolog. Gutachten über die Zuläßigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe. Nürnberg und Altdorf 1797. 8. §. 7. und Jerusalem's angef. Beantwortung der Frage ꝛc. S. 28. ff. Diese einschränkende Erklärung billigten auch schon vorher Selden de iure natur. et gentium iuxta disciplinam Ebraeorum Lib. V. cap. 11. pag. 662. Grotius in Annotation. in vet. Test. ad Lev. XVIII. v. 24. und de iure belli et P. Lib. II. Cap. V. §. 14. nr. 1 et 2. und Niemeier de coniugiis prohibitis. Diss. IX. §. 34—38.

keiner besondern Bekanntmachung bedurften. Sie mußten aber den Israeliten hier eben darum zugleich mit den übrigen blos positiven Gesetzen vor Augen gestellt werden, weil sie gerade die unter den Aegyptiern und Cananitern für erlaubt gehaltenen, öffentlich gebilligten, und auf die Götterlehre und Aberglauben dieser Völker sich gründenden Schandthaten, verboten. Diese einschränkende Erklärung lehrt erstens der Text selbst. Ich will mich hier nicht des Grundes bedienen, aus welchem man gewöhnlich diese einschränkende Erklärung zu rechtfertigen sucht, nämlich, daß sich V. 24. und die folgenden auf die nächst vorher V. 20—23. gemeldeten heidnischen Greuel bezögen, wie das zweymal gebrauchte Demonstrativum, *ellaeh*, anzeigen soll [9]). Denn schon Michaelis [10]) hat gegen dieses Argument sehr gründlich erinnert, daß sich im 20. Kap. unmittelbar nach den V. 11. bis 21. vorkommenden Ehegesetzen, V. 22. und 23. die sehr merkwürdigen Worte finden: So haltet nun alle meine Satzungen, und alle meine Rechte, und thut darnach, auf daß euch nicht das Land ausspeie, darein ich euch führe, daß ihr darin wohnt. Und wandelt nicht in den Satzungen der Heiden, die ich vor euch her ausstoßen werde. Denn solches alles haben sie gethan, und ich habe einen Greuel an ihnen gehabt. Es ist vielmehr hier von solchen Greueln die Rede, worauf in den Gesetzen Mosis

9) S. die angef. Entwickel. der vornehmsten Streitfragen, die Ehen naher Blutsfreunde betreffend. Kap. 2. §. 12. S. 298. und D. Joh. Phil. Gabler's angeführtes Gutachten über die Zuläßigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe. S. 27.

10) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. Kap. 3. §. 25 u. 26.

die Ausrottung aus dem Volke, die Todesstrafe gesetzt ist [11]. Der V. 29. Kap. *XVIII.* sagt ausdrücklich: Denn welche diese Greuel thun, derer Seelen sollen ausgerottet werden von ihrem Volk. Nun ist ja aber, wie wir in der Folge sehen werden, nicht auf alle Uebertretungen der mosaischen Eheverbote die Todesstrafe gesetzt. Nein, durch Androhung dieser Strafe hat Moses gerade diejenigen Eheverbote ausgezeichnet, welche sich auf das natürliche Sittengesetz gründen, und daher eine allgemeine und unabänderliche Verbindlichkeit haben, wie Michaelis [12]) selbst behauptet. Diese sind nun vorzüglich Kap. XX. enthalten, und so könnte denn Moses in Beziehung auf dieselben mit Recht sagen V. 23. denn solches alles haben sie gethan, die Heiden. Allein könnte man uns einwenden, auch im Kap. XVIII. in welchem doch nicht blos von natürlichen, sondern auch von blos positiven Eheverboten die Rede ist, wird ja ebenfalls V. 27. gesagt, daß alle solche Greuel die Heiden gethan hätten; und vorher V. 24. in diesem allen haben sich verunreiniget die Heiden. Michaelis [13]) macht uns daher besonders auf

11) Ausrottung aus dem Volke wird nach der im Jüdischen Recht hergebrachten Auslegung gewöhnlich von einer Lebensstrafe verstanden. 2. B. Mos. *XXXI.* v. 14. 3. B. Mos. *XVII.* 4. und so auch 3. B. Mos. *XVIII.* v. 29. vergl. mit Hebräer *X.* 28. S. Michaelis mosaisches Recht 5. Th. §. 237. Es wird dieses noch mehr dadurch bestärkt, daß Kap. XVIII. 5. demjenigen, welcher die hier vorgeschriebenen Gebote hält, zur Belohnung verheißen wird, daß er dadurch leben werde.

12) Angef. Abhandlung Kap. 3. §. 32. S. 108.

13) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 25. S. 88.

das hebräische Wort בכל, und בכל אלה, alle oder an diesem allen aufmerksam. Dieser Zweifel löset sich aber, wenn man sich erinnert, wie den Kundigen der hebräischen Sprache hier nicht entgehen wird, daß das Wort כל, eben so, wie das griechische πας in der H. Schrift nicht immer in dem sonst gewöhnlichen universellen Sinn genommen wird, sondern sehr oft auch nur viele oder die meisten anzeigt [14]. Wir sind aber auch zweytens jene einschränkende Erklärung selbst der Gerechtigkeit Gottes schuldig. Denn wie konnten Völker wegen der Uebertretung solcher Gebote, welche keine reine Natur- und Sittengesetze sind, sondern blos in den damaligen Zeitumständen, Sitten, und bürgerlichen Verhältnissen der Israeliten ihren Grund haben, (und deren sind mehrere in den mosaischen Eheverboten enthalten, wie in der Folge erscheinen wird) ja die sogar unter den Patriarchen, und in ihren Familien ungestraft übertreten worden sind [15], ohne offenbare Ungerechtigkeit, mit gänzlicher Vertreibung und Ausrottung aus ihrem Lande bestraft werden, da ihnen diese Gesetze nicht waren bekanntgemacht worden [16]? Es wird jedoch die Frage von der Dispensation gegen

14) Man vergleiche z. B. 2. Samuel *XVI.* V. 22. und *XVII.* V. 14. 1. Thessalon. *V.* 5. S. die angef. Entwickelung der vornehmsten Streitfragen rc. S. 298.

15) So hatte Jacob zwey Schwestern zugleich, die Lea und Rahel, zwey Töchter Labans, zur Ehe. 1. B. Mos. *XXIX.* V. 16—30. und Amram hatte seines Vaters Schwester, die Jochebed geheyrathet, aus welcher Ehe Aaron und Moses gebohren worden sind. 2. B. Mose *VI.* V. 20. und 4. B. Mos. *XXVI.* V. 58 u. 59.

16) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 22. S. 151 f.

die mosaischen Eheverbote weiter unten noch genauer erörtert werden.

Nach diesem allgemeinen Eingange folgen nun 2) vom V. 6 — 23. die Eheverbote selbst. An der Spitze derselben steht ein generelles Verbot, welches nach Luthers Uebersetzung so lautet: Niemand soll sich zu seiner nächsten Blutsfreundin thun, ihre Schaam zu blößen; denn ich bin der Herr. Die in dem hebräischen Text vorkommenden Worte *Scheer basar* haben zu mancherley Erklärungen dieser Stelle Anlaß gegeben. Man übersetzt sie gewöhnlich durch *caro carnis* [17]), und glaubt denn darnach die Grenze der mosaischen Eheverbote abmessen zu können. Daher legen einige diesen Worten einen eingeschränkteren, andere einen ausgedehnteren Sinn bey. Baumgarten [18]) will den V. 6. nicht für ein generelles Princip aller mosaischen Eheverbote anerkennen, sondern nur solcher, die in dem Natur- und Sittengesetz gegründet sind. Die Worte *Scheer basar* sollen also solche Grade der Verwandtschaft bezeichnen, in welchen die Ehen schon nach allgemeinen Vernunftgründen unerlaubt sind. Er zieht hieraus die Folge, daß alle diejenigen Eheverbote, wo die Personen sich nicht wie caro carnis, sondern nur wie caro carnis carnis, wie mit des Vatersschwester, V. 12. oder gar wie caro carnis carnis carnis, wie mit des Vatersbruders Wittwe, V. 14. verhielten, keine natürlichen, sondern blos bürgerliche Gesetze der Juden wären, folglich keine allgemeine Verbindlich-

17) Vergl. *Christph. Matth.* Pfaff Diss. de non appropinquando ad carnem carnis suae.

18) Theolog. Gutachten 2. Samml. S. 164 ff. und in der Vorrede besonders S. 30 ff.

fest hätten. Er unterscheidet hiernächst zwischen Scheer und Scheer basar, und unterscheidet beydes so von einander, daß jenes die unmittelbaren Verwandten nämlich die Ascendenten und Descendenten, und deren Ehegatten, dieses hingegen die nächsten mittelbaren Verwandten, nämlich die Geschwister bedeute. So seyen also Kinder das Scheer, das Fleisch ihrer Eltern, gegen einander aber seyen sie Scheer basar, caro carnis, denn ihre Verbindung ist nur mittelbar, nämlich vermittelst der Eltern, aber auch die nächste mittelbare Verbindung. Allein daß dieser Unterschied ganz ungegründet, und dem hebräischen Sprachgebrauche gar nicht gemäß sey, haben Michaelis [19]) und Gabler [20]) ganz augenscheinlich dargethan. Sie haben dieser Erklärung den sie völlig vernichtenden Grund entgegen gesetzt, daß das Wort Scheer 4. B. Mos. *XXVII.* V. 8—11. auch von Geschwisterkindern gebraucht worden, die doch keine unmittelbare Blutsfreunde sind, ja daß 3. B. Mos. *XXV.* V. 49. das Scheer basar sogar von Nachgeschwisterkindern, also von einem solchen Grade der Verwandtschaft gebraucht werde, der nach Baumgartens Erklärung durch caro carnis carnis carnis hätte bezeichnet werden müßen; zum deutlichen Beweise, daß der Hebräer bey Scheer basar an keinen bestimmten Grad der Verwandtschaft gedacht habe. Ich übergehe die nicht sehr davon unterschiedene Erklärung des Ungenannten in der schon oben angeführten Abhandlung von den Ehegesetzen und den verbotenen Ehen, §. 4. welche Gabler [21])

19) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 18.

20) Angef. Gutachten über die Zuläßigkeit der Ehe mit des Vatersbr. Wittwe im Anhange. S. 94 ff.

21) Angef. Gutachten im Anhange S. 97. Not. *.

§. 1218.

Mosaische Eheverbote sowohl wegen der Blutsfreundschaft als Schwägerschaft, nach 3. B. Mose XVIII. und XX.

Nachdem wir bisher die mancherley Eheverbote des römischen und canonischen Rechts erklärt haben, so sind nun noch die Eheverbote des mosaischen Rechts zu erörtern übrig. Sie sind im 3. B. Moses Kap. XVIII. und XX. enthalten [3]). Um den Geist dieser Ehegesetze Mosis zu verstehen, und den Umfang ihrer Verbindlichkeit richtig zu beurtheilen, sind hier einige Bemerkungen vorauszuschicken. Soviel zuförderst die Ordnung und Verbindung derselben mit den übrigen mosaischen Gesetzen anlangt; so stehen sie in der Reihe der levitischen Ceremonialgesetze. Sie sollten folglich eben so, wie die übrigen Gesetze Mosis, von den Opfern, dem jährlichen Versöhnungsfeste, der Enthaltung von Blut- und Aaßessen, u. s. w. welche vorangehen, zunächst und eigentlich nur das Volk Israel verbinden. Doch machen sie gleichsam einen neuen Abschnitt aus, welcher mit den Worten anfängt, die Gott

3) Die vorzüglichsten Schriften sind *Jo. Barthold.* Niemeieri de coniugiis prohibitis Dissertationes iunctim editae. *Helmstadii* 1705. 4. *Ge. Henr.* Ayrer Commentat. iuris eccles. de iure dispensandi circa connubia iure divino non diserte prohibita. *Goett.* 1742. 4. Sect. III. pag. 97—160. Historische Abhandlung von den Ehegesetzen und den verbotenen Ehen. Bützow und Wismar 1761. 8. Nähere Entwickelung der vornehmsten Streitfragen, die Ehen naher Blutsfreunde betreffend. Tübingen 1785. 8. besonders aber Johann David Michaelis Abhandlung von den Ehegesetzen Mosis, welche die Heyrathen in die nahe Freundschaft untersagen. 2. Aufl. Göttingen 1768. 4.

zu Mose sprach: Rede mit den Kindern Israel, und sprich zu ihnen: Ich bin der Herr euer Gott. Ein Beweis, daß nur den Israeliten, aber nicht allen Völkern der Erde, diese Gesetze gegeben seyn sollten. Denn Gott kündigt sich ihnen hier, als ihr Gott, als Oberherr und Beschützer eines von ihm damals auserwählten Volkes, des Volkes Gottes an, welches durch die ihm gegebenen Gesetze von allen andern Völkern unterschieden, vor der Verführung zur Abgötterey verwahrt, und zum Vertrauen auf Gott, als seinen König und höchsten Wohlthäter, ermuntert werden sollte. Denn Phil. Slevogt[4]) bemerkt sehr richtig, daß der Name Gottes mit dem Possessivum dein, oder euer, immer auf einen Beschützer und Führer, auf einen Wohlthäter (ἐνεργέτης) hindeute. Hierauf bezieht sich denn auch, was David Psalm CXLVII. v. 19. und 20. von Gott sagt: Er zeigt Israel seine Sitten und Rechte; so thut er keinem Heiden, noch läßt sie wissen seine Rechte. Nach diesem Eingange folgt nun 1) das allgemeine Verbot: Ihr sollt nicht thun nach den Werken des Landes Aegypten, darin ihr gewohnt habt, auch nicht nach den Werken des Landes Canaan, darein ich euch führen will. Ihr sollt euch nach ihren Sitten nicht richten; sondern nach meinen Rechten sollt ihr thun, und meine Gebote sollt ihr halten, daß ihr darinn wandelt, denn ich bin der Herr euer Gott. Offenbar giengen die Sitten der Aegyptier und Cananiter nicht blos auf Abgötterey, sondern auch auf Blutschande, auf die unter ihnen in Schwange gegangenen schändlichen Ehen, mit der leiblichen Schwester, mit der Stiefmutter, ja so-

4) Comm. in Marcum Cap. 12.

gar mit der rechten Mutter, und mit Mutter und Tochter zugleich, wodurch sich jene Länder damals in der Unsittlichkeit, besonders aber Canaan, auszeichneten [5]). Durch die Gesetze, welche Gott seinem Volke Israel durch Mosen bekanntmachen ließ, sollten also die Israeliten gegen jene Greuel verwahrt, und von allen andern Völkern, als das von Gott zu seinem Eigenthum erwählte Volk, unterschieden, und abgesondert werden. Hieraus erklärt sich denn auch, warum gerade jene Ehen am strengsten, ja zu wiederholten Mälen verboten worden, hingegen derjenigen Ehen in den Gesetzen Mosis gar nicht gedacht wird, die auch bey jenen Völkern unerhört waren, wie z. B. die Ehe des Vaters mit seiner leiblichen Tochter, weil er eine solche Schandthat unter seinem beßer gezogenen und keuscheren Volke noch weniger vermuthete [6]). Die nun noch im 4. Vers hinzugefügte Belohnung, darum sollt ihr meine Gebote halten, und meine Rechte; denn welcher Mensch dieselben beobachtet, der wird dadurch leben, denn ich bin der Herr, beweist noch mehr, daß diese Gesetze nur allein die Israeliten angehen sollten. Denn darin sind alle Ausleger einverstanden, daß durch die Verheißung des Lebens, nicht jenes ewige Leben jenseits des Grabes angedeutet werden solle, wie aus der Androhung der Strafe sich ergiebt, welche die Uebertreter dieser Gesetze treffen wird, daß sie aus ihrem Volke ausgerottet werden, und des Todes sterben sollen. (XVIII. 29. XX.) Nein, die Verheißung eines glücklichen Lebens in dem verheißenen Lande Canaan. Denn ein so sinnlich denkendes Volk konnte nur durch

5) S. Michaelis angef. Abhandlung. Kap. 3. §. 32. S. 107.

6) Michaelis §. 96. S. 269 ff.

sinnliche Strafen, und sinnliche Belohnungen zum Gehorsam gegen die Gesetze angetrieben werden. Daher heißt es XX. 24. Ich will euch ein Land zum Erbe geben, darinn Milch und Honig fließt. Denn ich bin der Herr, euer Gott, der euch von den Völkern abgesondert hat. Wenn nun aber gleichwohl in dem Kap. XVIII. v. 24. ff. und Kap. XX. v. 22. ff. gesagt wird, daß um der Uebertretung dieser Gebote willen die Heiden aus dem Lande ausgestoßen werden sollten, welches Gott den Israeliten verheißen habe, und letztern dadurch ein desto stärkerer Antrieb gegeben wird, dieselben auf das heiligste zu beobachten, damit ihnen nicht ein gleiches Schiksal wiederfahre; so haben dieses mehrere, sowohl Theologen als Rechtsgelehrte [7]), für einen ganz entscheidenden Beweis annehmen wollen, daß die Ehegesetze Mosis für allgemeine, alle Menschen auf der ganzen Welt bis auf den heutigen Tag verbindende Gesetze gehalten werden müßten, gegen welche keine Dispensation Statt finde. Allein man ist jetzt ziemlich damit im Reinen, daß dieses eines Theils nur zur Rechtfertigung der gewaltsamen Eroberung Canaans von Mose gesagt, theils nur von solchen Geboten

7) GERHARD Loc. Theol. L. de coniugio. Oper. T. XV. pag. 280 sqq. edit. *Cott.* Joach. Lange Mosaisches Licht und Recht über Lev. 18. Joh. Fried. Gühling Anmerkungen zu Jerusalems Beantwortung der Frage, ob die Ehe mit der Schwester Tochter nach den göttlichen Gesetzen zuläßig sey? Chemnitz 1755. Ammon über das moralische Fundament der mosaischen Eheverbote. Göttingen 1798. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 389. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 368. Schmalz Handbuch des canonischen Rechts. §. 304 u. a.

zu verstehen ist, welche wider diejenigen Greuel der Unkeuschheit gerichtet sind, deren Unnatürlichkeit schon die Vernunft erkennt, und die also auch ohne alles ausdrückliche Gesetz schon an sich abscheulich und strafwürdig sind [8]). Dieß sind nun besonders diejenigen, welche im Kap. 20. angeführt werden. Man wende nicht ein, daß Kap. *XVIII.* V. 24. gesagt werde: Ihr sollt euch in dieser keinem verunreinigen, denn in diesem allen haben sich verunreiniget die Heiden, die ich vor euch her will ausstoßen; ja daß es V. 27. nochmals heiße: denn alle solche Greuel haben die Leute dieses Landes gethan, die vor euch waren, und haben das Land verunreiniget. Denn giengen gleich die Juden alle in dem ganzen Kap. *XVIII.* erwähnten Gebote an, so war doch der Grund ihrer Verbindlichkeit nicht überall derselbe, indem diese Gebote, wie von Niemand geläugnet wird, theils natürliche Sittengesetze, theils bürgerliche oder positive Gesetze sind. Nur die erstern, welche schon die Vernunft lehrt, und, wie der Apostel Paulus sagt, jedem Menschen ins Herz geschrieben sind, giengen auch die Heiden an, weil sie

8) Man vergleiche hier vorzüglich D. Joh. Phil. Gabler's theolog. Gutachten über die Zuläßigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe. Nürnberg und Altdorf 1797. 8. §. 7. uud Jerusalem's angef. Beantwortung der Frage rc. S. 28. ff. Diese einschränkende Erklärung billigten auch schon vorher Selden de iure natur. et gentium iuxta disciplinam Ebraeorum Lib. V. cap. 11. pag. 662. Grotius in Annotation. in vet. Test. ad Lev. XVIII. v. 24. und de iure belli et P. Lib. II. Cap. V. §. 14. nr. 1 et 2. und Niemeier de coniugiis prohibitis. Diss. IX. §. 34—38.

keiner besondern Bekanntmachung bedurften. Sie mußten aber den Israeliten hier eben darum zugleich mit den übrigen blos positiven Gesetzen vor Augen gestellt werden, weil sie gerade die unter den Aegyptiern und Cananitern für erlaubt gehaltenen, öffentlich gebilligten, und auf die Götterlehre und Aberglauben dieser Völker sich gründenden Schandthaten, verboten. Diese einschränkende Erklärung lehrt erstens der Text selbst. Ich will mich hier nicht des Grundes bedienen, aus welchem man gewöhnlich diese einschränkende Erklärung zu rechtfertigen sucht, nämlich, daß sich V. 24. und die folgenden auf die nächst vorher V. 20—23. gemeldeten heidnischen Greuel bezögen, wie das zweymal gebrauchte Demonstrativum, *ellaeh*, anzeigen soll [9]. Denn schon Michaelis [10]) hat gegen dieses Argument sehr gründlich erinnert, daß sich im 20. Kap. unmittelbar nach den V. 11. bis 21. vorkommenden Ehegesetzen, V. 22. und 23. die sehr merkwürdigen Worte finden: So haltet nun alle meine Satzungen, und alle meine Rechte, und thut darnach, auf daß euch nicht das Land ausspeie, darein ich euch führe, daß ihr darin wohnt. Und wandelt nicht in den Satzungen der Heiden, die ich vor euch her ausstoßen werde. Denn solches alles haben sie gethan, und ich habe einen Greuel an ihnen gehabt. Es ist vielmehr hier von solchen Greueln die Rede, worauf in den Gesetzen Mosis

9) S. die angef. Entwickel. der vornehmsten Streitfragen, die Ehen naher Blutsfreunde betreffend. Kap. 2. §. 12. S. 298. und D. Joh. Phil. Gabler's angeführtes Gutachten über die Zuläßigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe. S. 27.

10) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. Kap. 3. §. 25 u. 26.

die Ausrottung aus dem Volke, die Todesstrafe gesetzt ist [11]). Der V. 29. Kap. *XVIII.* sagt ausdrücklich: Denn welche diese Greuel thun, derer Seelen sollen ausgerottet werden von ihrem Volk. Nun ist ja aber, wie wir in der Folge sehen werden, nicht auf alle Uebertretungen der mosaischen Eheverbote die Todesstrafe gesetzt. Nein, durch Androhung dieser Strafe hat Moses gerade diejenigen Eheverbote ausgezeichnet, welche sich auf das natürliche Sittengesetz gründen, und daher eine allgemeine und unabänderliche Verbindlichkeit haben, wie Michaelis [12]) selbst behauptet. Diese sind nun vorzüglich Kap. XX. enthalten, und so könnte denn Moses in Beziehung auf dieselben mit Recht sagen V. 23. denn solches alles haben sie gethan, die Heiden. Allein könnte man uns einwenden, auch im Kap. XVIII. in welchem doch nicht blos von natürlichen, sondern auch von blos positiven Eheverboten die Rede ist, wird ja ebenfalls V. 27. gesagt, daß alle solche Greuel die Heiden gethan hätten; und vorher V. 24. in diesem allen haben sich verunreiniget die Heiden. Michaelis [13]) macht uns daher besonders auf

11) Ausrottung aus dem Volke wird nach der im Jüdischen Recht hergebrachten Auslegung gewöhnlich von einer Lebensstrafe verstanden. 2. B. Mos. *XXXI.* v. 14. 3. B. Mos. *XVII.* 4. und so auch 3. B. Mos. *XVIII.* v. 29. vergl. mit Hebräer X. 28. S. Michaelis mosaisches Recht 5. Th. §. 237. Es wird dieses noch mehr dadurch bestärkt, daß Kap. XVIII. 5. demjenigen, welcher die hier vorgeschriebenen Gebote hält, zur Belohnung verheißen wird, daß er dadurch leben werde.

12) Angef. Abhandlung Kap. 3. §. 32. S. 108.

13) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 25. S. 88.

das hebräische Wort בכל, und בכל אלה, alle oder an diesem allen aufmerksam. Dieser Zweifel löset sich aber, wenn man sich erinnert, wie den Kundigen der hebräischen Sprache hier nicht entgehen wird, daß das Wort כל, eben so, wie das griechische πας in der H. Schrift nicht immer in dem sonst gewöhnlichen universellen Sinn genommen wird, sondern sehr oft auch nur viele oder die meisten anzeigt [14]. Wir sind aber auch zweytens jene einschränkende Erklärung selbst der Gerechtigkeit Gottes schuldig. Denn wie konnten Völker wegen der Uebertretung solcher Gebote, welche keine reine Natur- und Sittengesetze sind, sondern blos in den damaligen Zeitumständen, Sitten, und bürgerlichen Verhältnissen der Israeliten ihren Grund haben, (und deren sind mehrere in den mosaischen Eheverboten enthalten, wie in der Folge erscheinen wird) ja die sogar unter den Patriarchen, und in ihren Familien ungestraft übertreten worden sind [15], ohne offenbare Ungerechtigkeit, mit gänzlicher Vertreibung und Ausrottung aus ihrem Lande bestraft werden, da ihnen diese Gesetze nicht waren bekanntgemacht worden [16]? Es wird jedoch die Frage von der Dispensation gegen

14) Man vergleiche z. B. 2. Samuel *XVI.* V. 22. und *XVII.* V. 14. 1. Thessalon. *V.* 5. S. die angef. Entwickelung der vornehmsten Streitfragen rc. S. 298.

15) So hatte Jacob zwey Schwestern zugleich, die Lea und Rahel, zwey Töchter Labans, zur Ehe. 1. B. Mos. *XXIX.* V. 16—30. und Amram hatte seines Vaters Schwester, die Jocheber geheyrathet, aus welcher Ehe Aaron und Moses gebohren worden sind. 2. B. Mose *VI.* V. 20. und 4. B. Mos. *XXVI.* V. 58 u. 59.

16) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 22. S. 151 f.

die mosaischen Eheverbote weiter unten noch genauer erörtert werden.

Nach diesem allgemeinen Eingange folgen nun 2) vom V. 6 — 23. die Eheverbote selbst. An der Spitze derselben steht ein generelles Verbot, welches nach Luthers Uebersetzung so lautet: Niemand soll sich zu seiner nächsten Blutsfreundin thun, ihre Schaam zu blößen; denn ich bin der Herr. Die in dem hebräischen Text vorkommenden Worte *Scheer basar* haben zu mancherley Erklärungen dieser Stelle Anlaß gegeben. Man übersetzt sie gewöhnlich durch *caro carnis* [17]), und glaubt denn darnach die Grenze der mosaischen Eheverbote abmessen zu können. Daher legen einige diesen Worten einen eingeschränkteren, andere einen ausgedehnteren Sinn bey. Baumgarten [18]) will den V. 6. nicht für ein generelles Princip aller mosaischen Eheverbote anerkennen, sondern nur solcher, die in dem Natur- und Sittengesetz gegründet sind. Die Worte *Scheer basar* sollen also solche Grade der Verwandtschaft bezeichnen, in welchen die Ehen schon nach allgemeinen Vernunftgründen unerlaubt sind. Er zieht hieraus die Folge, daß alle diejenigen Eheverbote, wo die Personen sich nicht wie caro carnis, sondern nur wie caro carnis carnis, wie mit des Vatersschwester, V. 12. oder gar wie caro carnis carnis carnis, wie mit des Vatersbruders Wittwe, V. 14. verhielten, keine natürlichen, sondern blos bürgerliche Gesetze der Juden wären, folglich keine allgemeine Verbindlich-

17) Vergl. *Christph. Matth.* Pfaff Diss. de non appropinquando ad carnem carnis suae.

18) Theolog. Gutachten 2. Samml. S. 164 ff. und in der Vorrede besonders S. 30 ff.

fest hätten. Er unterscheidet hiernächst zwischen Scheer und Scheer basar, und unterscheidet beydes so von einander, daß jenes die unmittelbaren Verwandten nämlich die Ascendenten und Descendenten, und deren Ehegatten, dieses hingegen die nächsten mittelbaren Verwandten, nämlich die Geschwister bedeute. So seyen also Kinder das Scheer, das Fleisch ihrer Eltern, gegen einander aber seyen sie Scheer basar, caro carnis, denn ihre Verbindung ist nur mittelbar, nämlich vermittelst der Eltern, aber auch die nächste mittelbare Verbindung. Allein daß dieser Unterschied ganz ungegründet, und dem hebräischen Sprachgebrauche gar nicht gemäß sey, haben Michaelis [19]) und Gabler [20]) ganz augenscheinlich dargethan. Sie haben dieser Erklärung den sie völlig vernichtenden Grund entgegen gesetzt, daß das Wort Scheer 4. B. Mos. *XXVII.* V. 8—11. auch von Geschwisterkindern gebraucht worden, die doch keine unmittelbare Blutsfreunde sind, ja daß 3. B. Mos. *XXV.* V. 49. das Scheer basar sogar von Nachgeschwisterkindern, also von einem solchen Grade der Verwandtschaft gebraucht werde, der nach Baumgartens Erklärung durch caro carnis carnis carnis hätte bezeichnet werden müßen; zum deutlichen Beweise, daß der Hebräer bey Scheer basar an keinen bestimmten Grad der Verwandtschaft gedacht habe. Ich übergehe die nicht sehr davon unterschiedene Erklärung des Ungenannten in der schon oben angeführten Abhandlung von den Ehegesetzen und den verbotenen Ehen, §. 4. welche Gabler [21])

19) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 18.

20) Angef. Gutachten über die Zuläßigkeit der Ehe mit des Vatersbr. Wittwe im Anhange. S. 94 ff.

21) Angef. Gutachten im Anhange S. 97. Not. *.

geprüft, und die des Cons. Raths Jacobi im 4. Th. seiner Betrachtungen über die weisen Absichten Gottes S. 338. ff. welche Michaelis [22]) widerlegt hat. Alle diese Erklärungen kommen übrigens darin überein, daß 3. B. Mos. *XVIII.* V. 6. nicht für ein allgemeines Verbot, keine nahe Verwandte zu heyrathen, welches die darauf folgenden einzelnen Gebote unter sich begreife, und durch sie erklärt werde, zu halten sey. Ganz davon abweichend ist nun aber die Ansicht derer, welche den V. 6. zu einem Generalprincip aller mosaischen Eheverbote machen wollen, das durch die in diesem Kap. nachfolgende einzelne Verbote nur exemplificirt werde, von denen also der Schluß auf andere Fälle gelte, welche, wenn sie auch in den Worten nicht ausgedrückt sind, doch jenen, dem Grade nach, gleich seyen. Unter den ältern Theologen waren besonders Chemnitz und Gerhard, Kettner und Zeltner, so wie unter den Rechtsgelehrten Hopp, Nävius, Linck, Götsch, und Weber, welche Ayrer [23]) anführt, dieser Erklärung zugethan. Unter den neuern Theologen Christ. Matth. Pfaff [24]), und Joachim Lange [25]), unter den Rechtsgelehrten aber Joh. Herm. Becker [26]). Bey dieser Verschiedenheit der Erklärungen geht man wohl unstreitig den sichersten Weg, wenn man sich blos an den

22) Angef. Abhandl. §. 17. S. 51 f.

23) Comm. de iure dispensandi circa connubia iure divino non diserte prohibita. Sect. III. §. 27.

24) Diss. de non appropinquando ad carnem carnis suae pag. 11.

25) Mosaisches Licht und Recht S. 695. und S. 765 ff.

26) Anmerkung über die ehelichen Gesetze, und den Grund ihrer erweiterten Erklärung. Greifswald 1749. 4.

Wortverstand hält. Das hebräische Wort שאר, Scheer, heißt nun aber ursprünglich ein Stück, besonders ein Stück Fleisch, daher die abgeleitete Bedeutung von *Residuum* überhaupt, was übrig ist[27]. Alsdann bedeutet es auch das Fleisch, oder den Körper selbst[28], wofür in der LXX. gewöhnlich σαρξ und σωμα gesetzt wird. Endlich heißt es auch ein naher Verwandter, welchen die Hebräer sonst *Goel*, den Bluträcher, nennen. Daher sagte Laban zu seinem Schwestersohne, dem Jacob, du bist mein Fleisch[29]. Eben so sagte Juda von Joseph, seinem Bruder: er ist unser Bruder, unser Fleisch[30]; und Abimelech sprach zu den Brüdern seiner Mutter, und dem ganzen Geschlechte des Vaters seiner Mutter: gedenket, daß ich euer Fleisch bin[31]. In dieser Bedeutung wird nun das Wort *Scheer* auch in den mosaischen Ehegesetzen[32] genommen, wenn es allein steht, also für einen nahen Verwandten, er sey es durch Abstammung (consanguineus), oder durch eheliche Verbindung (affinis) wo also das abstractum pro concreto steht[33]. Das hebräische Wort *Basar*,

27) Jesaia *X.* V. 20. *XIV.* 22.

28) Psalm *LXXIII.* 26. *LXXVIII.* 20. Sprüche Salom. *XI.* 17. Micha *III.* 2 u. 3.

29) 1. B. Mos. *XXIX.* v. 14.

30) 1. B. Mos. *XXXVII.* v. 27. Man sehe auch 2. Samuel. *V.* 1. *XIX.* V. 12 u. 13.

31) Buch der Richter *IX.* v. 1. 2. u. 3.

32) 3. B. Mos. *XVIII.* V. 12. 13 und 17.

33) S. Niemeier Diss. de coniugiis consanguineorum iure divino prohibitis. §. 15. Michaelis Abh. von den Ehe-

בשר. bedeutet nun zwar auch Fleisch. Daher die Uebersetzung von Scheer basar durch caro carnis. Allein in dieser Verbindung mit Basar hat Scheer die allgemeine Bedeutung von Stück, particula; nur wo es allein steht, hat es die besondere Bedeutung: Stück Fleisch, particula carnis. Die Ausdrücke: Scheer und Scheer basar, sind demnach völlig gleichbedeutend. Aus allen ergiebt sich nun, daß der Ausdruck: *Scheer basar*, jede nahe Verwandtschaft ohne Unterschied bedeuten soll, sie sey durch natürliche Abstammung, oder durch eheliche Verbindung entstanden, denn beydes wird in den mosaischen Ehegesetzen darunter begriffen. Hierin kommen denn auch alle alte Uebersetzer mit einander überein. Denn so haben die LXX. *πάντα οἰκεῖα σαρκὸς ἀυτοῦ*, omnis propinquitas carnis suae. Eben so der chaldäische und syrische Uebersetzer, und eben so die lateinische Vulgata, wie Michaelis [34]) schon bemerkt hat. Sehr richtig hat daher auch Luther das Scheer basar durch nächste Blutsfreundin übersetzt. Denn darunter ist dann auch die nächste Schwiegerin begriffen, weil auch diejenige Verwandtschaft, welche aus der ehelichen Verbindung mit dem Blutsfreunde einer Person entsteht, nach der sinnlichen Denkart des Morgenländers eine leibliche Verwandtschaft genennt wird, da Mann und Frau ein Leib sind; so wie denn auch das griechische Wort *οἰκεῖα* die Verschwägerung mit unter sich begreift [35]). Da nun aber doch der Ausdruck Scheer basar, wie oben bemerkt worden, von Mose selbst, in einer so ausgedehn-

gef. Mosis. §. 16. und Sabler angef. Gutachten im Anhange S. 98 f.

34) Angef. Abh. §. 15. S. 44.

35) a. a. O. S. 43.

ten Bedeutung genommen wird, daß sogar auch Nachgeschwister Kinder darunter begriffen sind [36]); deren Ehen doch ohne allen Zweifel erlaubt waren; so geht hieraus klar hervor, daß aus dem blosen Worte Scheer basar nicht entschieden werden könne, wie weit die Ehen mit Verwandten unter den Hebräern verboten gewesen seyn. Es können daher die Grenzen der mosaischen Eheverbote nur durch die nachstehenden Ehegesetze selbst bestimmt werden. Keineswegs aber läßt sich behaupten, daß die einzelnen Eheverbote, als bloße Beyspiele zu betrachten wären, wodurch der Grad der Blutsfreundschaft und Schwägerschaft angedeutet werden solle. Eine Erklärungsart, gegen welche schon Luther eiferte. „Gott rechnet nicht nach den Gliedern, wie die Juristen thun, sagt er in seinem Buche vom ehelichen Leben [37]), sondern zählet straks die Personen. Sonst weil Vaters Schwester und Bruders Tochter in gleichem Grade sind, müste ich sagen, daß ich entweder meines Bruders Tochter nicht nehmen könnte, oder auch meines Vaters Schwester nehmen möchte. Nun hat Gott des Vaters Schwester verboten, und des Bruders Tochter nicht verboten, die doch in gleichem Gliede sind.“ Auch Bellarmin [38]) verwarf die Erklärung nach Graden, und so die meisten Theologen [39]) und Rechtsgelehrten [40]). Ich will nicht einmal erwähnen,

36) 3. B. Mos. XXV. V. 49.

37) In Luthers Werken. 2. Th. S. 165. der jenaischen Ausgabe.

38) De matrimonii sacramento. Cap. 27.

39) Niemeier de coniugiis prohibit. Diss. V. §. 27—29. Spener Consil. theol. P. II. Cons. 4. pag. 105. Jerusalem Beantwortung der Frage: ob die Ehe mit des Bruders Wittwe erlaubt sey? S. 43—82. besonders Michaelis Abh. von den Ehegesetzen Mos. Kap. VII. §. 81—107. u. Schlegel Darstellung der verbotenen Grade. S. 103 f.

40) Ayrer Commentat. cit. Sect. III. §. 17. seqq. welcher auch §. 32. die ältern Rechtsgelehrten anführt. Unter den neuern, außer Hellfeld. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iur. can. §. 398. Schott Eherecht §. 128. Not. **. Hofacker Princ. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 360. Not. b. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. Th. §. 400. und Gambsjaeger ius eccl. §. 229.

daß die Berechnung der Grade eine viel neuere Erfindung ist, als daß sie bey der Erklärung der mosaischen Ehegesetze angewendet werden könne; zumahl da hierin selbst das Römische und Canonische Recht von einander abweichen. Allein ganz entscheidend ist der Grund, den schon Luther brauchte, daß Moses in gleichem Grade Ehen erlaubt, und Ehen verboten habe. Aber noch entscheidender ist der Beweis, daß bey den von Mose nicht ausdrücklich verbotenen Ehen nicht immer ein gleicher Grund vorhanden ist, wie bey denen, welche er genannt hat, wenn auch Gleichheit des Grades vorhanden ist [41]). Es kann also von diesen auf jene kein Schluß gelten. Wozu wäre denn auch die öftere Wiederholung solcher Ehen nöthig gewesen, wo die Personen, unter denen sie verboten sind, in ganz gleichem Grade stehen, wenn Moses gewollt hätte, daß seine Ehegesetze nach den Graden ausgelegt werden sollten? In der That mußte auch Moses schon aus Politik die Ehen in der Verwandtschaft möglichst begünstigen, damit das Erbtheil nicht in einen fremden Stamm gebracht werden möchte [42]). Dieser Umstand allein muß der einschränkenden Erklärung seiner Ehegesetze schon den Vorzug gewähren, wenn man überdem erwägt, daß bey den Hebräern, nach deren Sitten man das andre Geschlecht nur verschleyert zu sehen bekam, der freye Zutritt zu einem unverhüllten Frauenzimmer gerade eben so, wie, nach Plutarchs Zeugniß, bey den Römern ehemals der Kuß, den man den nächsten Blutsfreundinnen geben durfte [43]), die Grenze der Eheverbote in der Verwandtschaft bestimmte. Denn die Freyheit, gewisse Verwandtinnen unverschleyert zu sehen, geht noch jetzt bey den Morgenländern gerade so weit, als Moses die Ehen verboten hat; und hört da auf, wo die Ehen nach seinem Gesetz erlaubt sind, wie Michaelis [44]) aus einer Stelle des Korans augenscheinlich dargethan hat.

41) S. Michaelis §. 101. 102. u. 103.

42) 4. B. Mos. *XXXVI.* V. 6—12.

43) S. den 23. Th. dieses Commentars. §. 1213. S. 291.

44) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 69 u. 94.

Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von
D. Christian Friedrich Glück
geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

Vier und zwanzigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1823.

Fortsetzung des Titels

De ritu nuptiarum.

§. 1218. b.

Verbotene Ehen in der Blutsfreundschaft und Schwägerschaft nach den Gesetzen Mosis.

Indem wir nun 3) auf die einzelnen Eheverbote des mosaischen Rechts selbst kommen, so ist zum richtigen Verstande derselben vor allen Dingen zu bemerken, daß sie

a) durchgehends an Mannspersonen gerichtet sind. Wenn es daher 3. B. Mos. XVIII. V. 7. heißt: Du sollst deines Vaters und deiner Mutter Schaam nicht blößen; so ist darunter nicht die Ehe der Tochter mit dem Vater begriffen, wie mehrere [1]) diese Stelle haben erklären wollen. Schon der beygefügte Grund giebt ein Anderes zu erkennen: es ist deine Mutter, darum sollst du ihre Blöße nicht aufdecken. Offenbar ist also hier die Rede von der Ehe des Sohns mit der Mut-

1) Man sehe z. B. Niemeier de coniugiis prohibitis. Diss. II. §. 18. und die histor. Abhandlung von den Ehegesetzen. 1. Abschn. §. 7. S. 17.

ter. Der Blöße des Vaters wird nur darum gedacht, weil die Mutter mit dem Vater ein Fleisch ist, um dadurch die Größe der Blutschande in ihrer ganzen Abscheulichkeit darzustellen [2]). Das von Moses gebrauchte Du ist also immer männlichen Geschlechts, welches für die Interpretation der mosaischen Gesetze eine wichtige Regel ist [3]).

b) Die verbotene Handlung selbst wird gewöhnlich durch die Redensart; die Blöße aufdecken, oder, wie es Luther gegeben hat, die Schaam blößen (ערות גלות) bezeichnet. Dieser Ausdruck Mosis ist zwar allgemein, und beschränkt sich nicht gerade auf ehelichen Beyschlaf. Er wird noch gewöhnlicher für Unzucht genommen [4]). Allein da Moses nicht blos die Ehe mit den von ihm benannten Personen untersagen, sondern auch die Unzucht mit denselben verbieten wollte; so mußte er einen solchen allgemeinen Ausdruck wählen, welcher Beydes, den ehelichen und den unehelichen Beyschlaf, unter [illegible]

2) S. Michaelis Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 95.

3) Michaelis Abh. §. 11. S. 32. und Schlegel's Darstellung der verbotenen Grade. S. 79. Vermöge der weiblichen Schamhaftigkeit mußte sich zwar der Gesetzgeber immer die Mannsperson, als den angreifenden Theil, vorstellen. Es versteht sich indessen von selbst, daß auch der weiblichen Person zugleich verboten sey, ihre Blöße aufzudecken, oder aufdecken zu lassen. Es ist dies aber nicht gerade für eine Ausdehnung des mosaischen Gesetzes zu halten, wofür es *Petrus de* Toullieu in Diss. de incestu et gradibus lege divina prohibitis. Sect. II. §. 22. (in *Collectan.* a Jo. Wolbers edit. *Groeningae* 1737. 4. Diss. VI. pag. 248.) halten will.

4) S. Hesekiel. *XXII.* 10. 11. Michaelis. §. 13. S. 36.

sich begreift [5]). Wenn wir also von mosaischen Eheverboten sprechen, so wird durch diese Benennung der Inhalt derselben nicht blos auf Ehen eingeschränkt, sondern es ist auch jede unzüchtige Vermischung ausser der Ehe um so viel mehr darunter mit begriffen, je ernstlicher dergleichen Ausschweifungen unter nahen Verwandten zu rügen sind. Daß indessen der Ausdruck: die Blöße aufdecken, auch vom ehelichen Beyschlafe gebraucht werde, ergiebt sich daraus, weil ihn Moses auch zuweilen mit dem Ausdruck eine Frau nehmen, (לקח אשה) vertauscht, wie z. B. 3. B. Mosis XX. 14. wo es heißt: Wenn Jemand eine Frau nebst ihrer Mutter nimmt. Noch weniger läßt die Stelle 3. B. Mosis XVIII. V. 19. einigen Zweifel übrig, wo gesagt wird: Du sollst nicht zum Weibe gehen, wenn sie ihre Krankheit hat, in ihrer Unreinigkeit ihre Blöße aufzudecken. Denn dieß ist doch offenbar von dem ehelichen Beyschlafe zu verstehen [6]).

c) Moses weißt zwar bey den einzelnen Eheverboten überall auf die Nähe der Verwandtschaft hin, und scheint nach der sinnlichen Denkungsart des Morgenländers darin das Hauptprincip seiner Eheverbote zu setzen, daß er bey Bestimmung der unerlaubten Ehen überall das Leibliche und Fleischliche der Abstammung hervorhebt [7]). In der That aber liegt zugleich darin der

5) Michaelis Mos. Recht. 2. Th. §. 102. und die hist. Abhandl. §. 4.

6) Michaelis Abh. von den Ehegesetzen Mos. § 13. S. 39.

7) S. Gabler's theol. Gutachten über die Zulässigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe, im Anhange S. 102. ff.

Grund, daß es gegen das natürliche Gefühl der Schamhaftigkeit streite, die Blöße seiner nächsten Blutsfreundin aufzudecken [8]. Doch kann auch wohl Moses, wie

8) S. *Jo. Wolfg.* Trier Progr. de pudore naturali in contrahendis matrimoniis. *Frfti ad Viadr.* 1737. *Car. Christ.* Hofacker. Diss. sistens histor. et rationem iuris incestum prohibentis. *Tub.* 1787. §. 61. und nähere Entwickelung der vornehmsten Streitfragen die Ehen naher Blutsfreunde betreff. §. 4. S. 42. ff. Ich muß bey dieser Gelegenheit noch einer besondern Erklärung gedenken, welche *Gothofr.* Valandi in Diss. Legis connubii, quae Levit. XVIII. v. 11. ex Gentium iure refertur, genuinum sensum requir. *Lips.* 1704. 4. von der Stelle *Levit. XVIII. v.* 6. gemacht hat, nach welcher der im Texte angeführte Grund schon in den Worten *Scheer basar* liegen soll. Diese, sagt er §. 7. bedeuten weder reliquias, durationem, continuationem seu Propinquam carnis; noch carnem carnis, wie man diese Worte gewöhnlich zu erklären pflegt; sondern sie seyen vielmehr zu übersetzen, reverendum carni suae, oder id, a quo abstinendum carni suae. Der Sinn wäre also der: Niemand soll sich mit dem vermischen, wovor sein Fleisch sich scheuen, oder wovon es sich enthalten muß. Nach dieser Erklärung wären nun auch die die Verwandten nicht angehenden Verbote V. 19—23. unter dem allgemeinen Verbote des V. 6. mit begriffen, welche nach der gemeinen Erklärung davon ausgeschlossen würden. Es werde ferner hierdurch alle Tautologie vermieden; und es sey auch sonst bekannt, daß das hebräische Wort: בשר oft soviel als das Schamglied bedeute. Es scheine zwar dieser Erklärung der V. 21. entgegen zu seyn, wo verboten wird, seinen Saamen dem Molech zu geben; allein damit werde blos die Ehe mit einem heidnischen Weibe verboten, wie aus 2. B. Mos. XXIII. v. 32. XXXIV. v. 16. 5. B. Mos. VII. 3. erhellen soll. —

Michaelis [*]) behauptet, bey seinen Eheverboten die Absicht gehabt haben, der Unzucht und den frühen Verführungen in den Familien dadurch vorzubeugen, welche sonst bey dem genauen Umgange, den nahe Verwandte mit einander haben, fast nicht zu vermeiden wären, wenn so nahen verwandten Personen auch nur die geringste Hoffnung übrig bliebe, eine vorgegangene Schande durch eine nachfolgende Ehe zu bedecken, welches denn aber freylich mehr

Daß wenigstens diese letzte Stelle ganz unrichtig erklärt sey, erscheint aus dem, was Michaelis im mosaischen Rechte 5. Th. §. 247. darüber gesagt hat. Uebrigens bin ich zu wenig Hebräer, um die Richtigkeit jener Erklärung, die von der oben S. 221. vorgekommenen ganz abweicht, beurtheilen zu können.

9) Abh. von den Ehegeſ. Mos. Kap. 6. §. 57. Eben dieß behauptete auch schon vor ihm *Guil. Hier.* Brückner Progr. de genuina et adaequata ratione prohibitorum conjugiorum Levit. XVIII. *Ienae* 1709. wo es heißt: Quoniam autem sanctissimus et sapientissimus Legislator novit, nisi personis consanguinitatis aut affinitatis vinculo proxime junctis severe interdicantur matrimonia, e conversatione frequenti, inter personas illas intercedente, ob spem matrimonii, et blanditias inde nascentes, prono quasi alveo sequi scortationem, adulteria, et infinita alia mala; ad evitanda haec praeripere voluit occasionem, spem nimirum matrimonii illis prorsus adimendo. Etc. Ganz mit dieser Ansicht stimmt Zeltner in Diss. de genuino prohibitorum coniugiorum fundamento Cap. 2. überein. Die hebräischen Ausleger, und die Rabbinen Moses Maimonides und Isaac Abarbenel, welche Selden de iure nat. et gent. iuxta disciplinam Ebraeor. Lib. V. cap. 10. circa fin. anführt, sind derselben Meinung.

ein politischer, als moralischer Grund [10]), und auch nicht bey allen verbotenen Ehen, z. B. mit des Vaters oder der Mutter Schwester, desgleichen mit des Vatersbruders Wittwe, zutreffend ist.

d) Die einzelnen von Mose verbotenen Ehen betreffen nun theils die Blutsfreundschaft theils die Schwägerschaft. Wir wollen sie nach dem Unterschiede der Linien ordnen.

I. In der geraden Linie

A) der Blutsfreundschaft sind folgende Ehen ausdrücklich verboten.

1) Die Ehe des Sohnes mit der Mutter. Die hieher gehörige Stelle 3. B. Mos. XVIII. 7. ist schon oben bey a. erklärt worden.

10) Man sehe hier vorzüglich Ayrer Commentat. de iure dispensandi circa connubia iure div. non disserte prohib. Cap. III. §. 15. et 16. welcher mit Grotius de iure B. et P. Lib. II. Cap. 5. §. 12. nr. 1. alle Untersuchung des wahren Grundes der mosaischen Eheverbote für vergeblich hält, da es für die Israeliten Grund genug war, wenn der göttliche Gesetzgeber dem allgemeinen Verbote V. 6. und der Ermahnung zur Beobachtung seiner Gebote V. 36. die Worte beygefügt hat: Ich bin der Herr euer Gott. Auch ein zu seiner Zeit angesehener Theologe, *Frid. Ulrich* Calixtus, sagt in seiner Epistola gratulatoria, welche der ersten Niemeierischen Disputation de coniugiis prohibitis beygefügt ist, nicht unrecht: Impervestigabilem perhibemus Legum istarum rationem, quia factae prohibitionis causae, atque Legislatorem ad illos gradus, in quibus nulla comparet intrinseca turpitudo, populo Israelitico interdicendum inducentes rationes, uni et soli Deo sunt notae.

2) Die Ehe des Großvaters mit des Sohns Tochter.

3) Die Ehe des Großvaters mit der Tochter Tochter.

Beyde Ehen werden 3. B. Mos. XVIII. 10. namentlich verboten, wo es heißt: die Blöße der Tochter deines Sohns, oder der Tochter deiner Tochter sollst du nicht aufdecken. Denn es ist deine eigne Blöße. (d. h. es ist eben so schlimm, als ob du mit dir selbst Unzucht und Schande treiben wolltest). Es ist merkwürdig, daß Moses dieser verbotenen Ehen im 20. Kapitel, wo er die Strafen der Blutschande bestimmt, nicht weiter erwähnt hat; vielleicht weil noch kein Beyspiel einer solchen Schandthat bey den Israeliten vorgefallen, auch nicht leicht zu vermuthen war. Man fand also für beßer, die Bestrafung dem künftigen Richter zu überlassen, wenn dergleichen Fall dennoch einmal erhört werden sollte. Da indessen Moses diese Ehe eines ausdrücklichen Verbots gewürdiget hat; so scheint sie ihm doch vielleicht nicht so abscheulich vorgekommen zu seyn, als die Ehe des Vaters mit der eignen Tochter. Denn dieser Ehe gedenkt er ausdrücklich nirgends. Der Grund davon ist oben angegeben worden. Michaelis [11]) meint zwar, Moses habe diese Ehe, nur unter einem andern Namen, so buchstäblich verboten, daß es gar keiner Folgerungen bedürfe, sie für eine der größten Schandthaten, die des Feuers werth sey, zu erkennen. Er beruft sich deswegen auf 3. B. Mos. XVIII. 17. Allein in dieser Stelle ist nur von der Stieftochter die Rede. Es versteht sich indessen freylich von selbst, daß wenn dem Großvater die Ehe mit der Enkelin, dem Stiefvater die Ehe mit der Stieftochter verboten ist, die Ehe

11) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 96. S. 272.

des rechten Vaters mit der leiblichen Tochter eben so strafbar seyn müsse. In der geraden Linie weiter hinauf- oder herabzusteigen fand der Gesetzgeber nicht für nöthig, weil hier wohl die Natur schon der Versuchung zur Verführung einen Riegel vorgeschoben hat [12]). Indessen geben doch die Ausleger der mosaischen Gesetze die Regel, daß die Benennungen Vater und Mutter auch die entferntern Ascendenten, die Urgroßeltern, unter sich begreifen [13]).

B. In der geraden Linie der Schwägerschaft verbietet das mosaische Recht ausdrücklich folgende Ehen.

1) Die Ehe des Stiefsohnes mit der Stiefmutter. Ich muß hier bemerken, daß die Stiefmutter in den Gesetzen Mosis nie Mutter, sondern durch eine Umschreibung des Vaters Weib, (אשם אביך) genennt wird. Wo Moses das Wort Mutter (אם) gebraucht, wird immer blos die leibliche Mutter verstanden [14]). Die Ehe mit der Stiefmutter wird zu wiederholten Malen verboten.

3. B. Mos. XVIII. 8. Du sollst deines Vaters Weibes Scham nicht blößen; denn es ist deines Vaters Scham [15]).

12) Michaelis von den Eheges. Mos. §. 97.

13) S. Niemeier de conjug. prohibit. Diss. II. §. 19. und Michaelis S. 114.

14) S. Niemeier de coniug. prohibit. Diss. II. §. 74. und Michaelis Abhandl. von den Eheges. Mos. §. 50. und §. 108. S. 308.

15) S. den 23. Th. dies. Commentars §. 1212. S. 257. f.

15) In dem hebräischen Text wird das Wort כנף gebraucht, welches eigentlich soviel als Flügel, oder Fittich bedeutet. So hat es auch Luther übersetzt. Es heißt aber auch der Saum eines Kleides, und dann die ganze

3. B. Mos. XX. 11. Wenn Jemand bey seines Vaters Weibe schläft, daß er seines Vaters Scham geblößet hat, die sollen beyde des Todes sterben; ihr Blut sey auf ihnen.

5. B. Mos. XXII. 30. Niemand soll seines Vaters Weib nehmen, und nicht aufdecken seines Vaters Decke.

5. B. Mos. XXVII. 20. Verflucht sey, wer bey seines Vaters Weibe schläft, daß er aufdecke das Deckbette[16]) seines Vaters; und alles Volk soll sagen, Amen.

Es ist nach diesen Gesetzen kein Unterschied, der Vater sey noch am Leben oder gestorben; des Vaters Weib sey seine rechte Frau, oder blos sein Kebsweib oder Concubine[17]); die Frau lebe noch mit dem Vater in der Ehe, oder sey von ihm geschieden, oder sey Wittwe; der Sohn habe seine Stiefmutter geheyrathet, oder unehelich beschlafen[18]). Dieß ist nun diejenige Ehe, welche auch von dem Apostel Paulus 1. Corinth. V. 1—5. als eine selbst bey den Heiden unerhörte Unzucht, (πορνεία) bey

körperliche Bedeckung besonders der Schamglieder. So wird es unstreitig hier genommen. So haben es auch die LXX. erklärt, wenn sie es so übersetzen ἀποκαλύπτειν συγκάλυμμα τοῦ πατρὸς. S. Niemeier de coniug. prohib. Diss. III. §. 7.

17) S. Michaelis angef. Abh. S. 163. So vergieng sich Ruben, der älteste Sohn Jacobs, mit seines Vaters Kebsweibe (פִּילֶגֶשׁ), der Bilha. 1. B. Mos. XXXV. V. 22. u. XLIX. 3. 4.

18) S. Niemeier Diss. III. §. 6. und die histor. Abhandl. von den Ehegesetzen 1. Abschn. §. 8. Not. * S. 19.

der Gelegenheit gemißbilliget wird, da ein Corinther seines Vaters Weib, wahrscheinlich seine verwittwete Stiefmutter, in der irrigen Meinung geheyrathet hatte[19], als habe sie durch seinen Uebertritt zum Christenthum aufgehört, mit ihm verwandt zu seyn[20]. Die Ehe des Stiefsohns mit des verstorbenen Stiefvaters zweyten Frau, welche einige[21] für verboten halten wollen, gehört nicht hierher. Hier sind ja ohnehin die Personen nur in secundo affinitatis genere verschwägert, welches genus weder das mosaische, noch das neuere canonische Recht annimmt[22]. Noch weniger aber steht der Ehe mit der Mutter der Stiefmutter ein Verbot entgegen, da zwischen dem Stiefsohn und der Mutter seiner Stiefmutter nicht einmal eine Adfinität vorhanden ist[23].

19) Der Apostel braucht das Wort ἔχειν, welches hier, so wie in mehreren Stellen des neuen Testaments, so viel als zur Ehe haben, bedeutet. Johann. IV. 18. 1. Corinth. VII, 2. Das Wort πορνεία konnte Paulus wohl von einer Ehe brauchen, welche nach allen Rechten der damaligen Zeit verboten war. S. Niemeier de conjug. prohibit. Diss. III. §. 42 — 44. und Schlegel's Darstellung der verbotenen Grade. S. 88. Not. 28.

20) S. Michaelis Abh. §. 30.

21) S. Carl Gottl. Knorren's rechtliche Abhandlungen u. Gutachten (Halle 1757. 8.) Nr. XIX. S. 207—210.

22) Vergl. Niemeier de conj. prohib. Diss. III. §. 57—61.

23) Anderer Meinung ist zwar *Mich. Henr.* Gribner in Diss. de incestis cum novercae matre nuptiis §. 8. sqq. (*Opuscul.* Tom. V. Sect. I. pag. 11. sqq.) Allein der von ihm angeführte Text 3. B. Mos. XVIII, 11. gehört gar nicht hierher, wie *I. A.* Hannesen in lucubrationibus selectior. circa doctrinam de computatione graduum. P. II. Sect. III. §. 52, Not. (*) und Phil. Jac. Hei-

2) Die Ehe des Stiefvaters mit der Stieftochter.

3) Die Ehe des Stiefgroßvaters mit der Tochter des Stiefsohns.

4) Die Ehe des Stiefgroßvaters mit der Tochter der Stieftochter.

5) Die Ehe des Schwiegersohns mit der Schwiegermutter.

3. B. Mos. XVIII. 17. Du sollst deines Weibes samt ihrer Tochter Scham nicht blößen, noch ihres Sohns Tochter, oder Tochter Tochter nehmen, ihre Blöße aufzudecken; denn sie sind ihre nächsten Blutsfreundinnen (nach dem Hebr. ihr *Scheer*, d. i. ihr, der Mutter, Fleisch). Eine solche Ehe ist *Zimma*, d. i. eine Blutschande gegen die Clientel, gegen den Schutz, zu welchem der Verführer der Verführten verpflichtet ist [24]).

3. B. Mos. XX. 14. Wenn Jemand ein Weib nimmt, und ihre Mutter darzu, der hat ein Laster verwirkt; (eigentlich das ist eine Ehe wider die Clientel, *Zimma*) man soll ihn mit Feuer verbrennen, und sie beyde auch, daß kein Laster sey unter euch, (oder nach dem Hebr. es soll keine

ler's Abh. ob die Ehe eines Sohns mit der Mutter seiner Stiefmutter den Rechten nach zugelassen sey? (Halle 1772. 4. (in Desselben jurist. Abhandlungen) längst erwiesen haben.

24) Luther übersetzt das hebräische Wort *Zimma* (זמה) durch Laster, andere übersetzen es Bubenstück. Allein Michaelis von den Eheges. Mos. §. 19. S. 60. hat es aus dem Arabischen richtiger erklärt.

Ehe wider die Clientel, keine *Zimma*, unter euch seyn).

Das erste Gesetz enthält die Verbote von Nr. 2 — 4. Das andere das Verbot Nr. 5. Auffallend ist es, daß Moses, wenn er die Ehe mit der Stieftochter verbietet, auch zugleich von der Verheyrathung mit ihrer Mutter spricht, und wenn er die Ehe mit der Schwiegermutter verbietet, er auch zugleich von der Ehe mit der Tochter derselben redet, so daß das eine Mal die Mutter, das andere Mal die Tochter voran genennt wird. Moses scheint also nur die gleichzeitige Ehe mit Mutter und Tochter zu verbieten. Denn da die Vielweiberey unter den Israeliten erlaubt und üblich war [25]; so war allerdings zu besorgen, unenthaltsame Wittwen möchten ihre Töchter nur unter der Bedingung zu verheyrathen suchen, wenn auch sie zugleich mit zur Ehe genommen würden; oder dem Ehemanne, der eine schon bejahrte Wittwe geheyrathet, welche eine mannbare Tochter mit in die Ehe gebracht hat, möchte die Tochter nachher beßer gefallen, als die Mutter, und sie zur zweyten Frau machen [26]. Es scheint dieses noch bestimmter aus dem Strafgesetz selbst hervorzugehen, vermöge welchen alle drey, die eine solche Ehe eingehen, mit Feuer verbrannt werden sollen, welche Verbrennung bey den Israeliten nach der Steinigung erfolgte [27]. Deßen ungeachtet hat es nicht den mindesten Zweifel, daß

25) 5. B. Mos. XXI. V. 15 — 17. S. Michaelis Mosaisch. Recht. 2. Th. §. 94 — 97. und des Ungenannten nähere Entwickelung der vornehmsten Streitfragen, die Ehen naher Blutsfreunde betreffend. Kap. 1. §. 13.

26) S. Schlegel's Darstellung S. 89. ff.

27) Vergl. Michaelis Mos. Recht. 5. Th. §. 235. S. 20.

Moses auch die successive Verheyrathung mit der Mutter und Tochter, oder mit der Tochter und Mutter verboten haben wolle. Denn auch die Ehe mit des Sohns Tochter und der Tochter Tochter der Frau wird ausdrücklich verboten, und zwar aus dem beygefügten Grunde, sie sind ihr (der Mutter) Fleisch, oder, wie es Luther auch ganz richtig übersetzt hat, sie sind ihre nächsten Blutsfreundinnen. Dieser Grund paßt aber ohne Zweifel auch eben so wohl auf den Fall einer successiven Verehelichung. Da nun der Mann durch die Ehe auch mit der Mutter ein Fleisch geworden ist, so kann auch schon wegen der väterlichen Verhältniße, darin der Mann wegen der Ehe mit der Mutter steht, die Ehe mit der Tochter oder Enkelin seiner Frau schlechterdings nicht Statt finden [28]. Hierzu kommt aber noch der Grund. In dem gleich nachher folgenden V. 18. des XVIII. Kap. verbietet Moses die Polygamie mit zwey Schwestern, fügt aber die Einschränkung hinzu, daß man seiner Frauen Schwester nicht heyrathen solle, so lange erstere am Leben ist. Da nun Moses bey der Polygamie mit Mutter und Tochter gar keine Einschränkung beygefügt hat, so ist dieses ein deutlicher Beweis, daß er die Ehe mit der Stieftochter und Schwiegermutter, die gleichzeitige wie die successive, schlechterdings verboten habe [29]. Ob übrigens

28) S. die hist. Abh. von den Ehegesetzen. 1. Abschn. §. 17.

29) S. Niemeri Diss. de coniugiis cum noverca, privigna, privigni ac privignae filia divino iure prohibitis. *Helmst.* 1699. in Dissertationib. de conjugiis prohibit. Diss. III. Michaelis Eheges. Mosis. §. 75. S. 225. Not. **. Schlegel's Darstellung der verbotenen Grade. S. 90. f. und Abdruck zweyer rechtlicher Gutachten, die

die Stieftochter ehelicher oder unehelicher Geburt ist, hat auf das Verbot selbst keinen Einfluß [30]. Denn der Grund ist immer der nämliche [31]. Noch eine Stelle ist hier merkwürdig, wo über die Ehe mit der Schwiegermutter der Fluch ausgesprochen wird. Es ist 5. B. Mos. XXVII. V. 23.

Verflucht sey, wer bey seiner Schwiegermutter schläft, und alles Volk soll sagen: Amen.

Die Ehe mit der Stiefschwiegermutter oder mit der Stiefmutter der Frau gehört nicht hieher. Diese

Ehen mit der Stieftochter und Schwiegermutter betreffend. Halle 1770. 8.

30) S. Ernst Ferd. Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. B. 6. S. 281 — 284. wo ein Beyspiel vorkommt, da die Ehe zwischen dem Stiefvater und seiner unehelichen Stieftochter unter den daselbst angeführten besondern Umständen geduldet wurde.

31) Von dem landesherrlichen Dispensationsrechte bey Ehen zwischen dem Stiefvater und der Stieftochter vergl. Klein's merkwürdige Rechtssprüche der Hallisch. Juristen-Facultät 1. Bd. Nr. X. S. 82 — 88. Das Resultat ist, daß zwar dieses Eheverbot nicht unter diejenigen gehöre, welche in der jüdischen Staats- und Religionsverfassung gegründet sind; daß aber auch bey diesem Eheverbote die Befugniß des Landesherrn, Dispensation zu ertheilen, rechtlich statt finde. Anders respondirte die ehemalige Juristen Fac. zu Frankf. an der Oder in dem Not. 29. angef. Abdruck, und für die Unzuläßigkeit der Dispensation gegen dieses Eheverbot streiten die wichtigsten Gründe. Man sehe hier vorzüglich Michaelis von den Ehegesetzen Mosis §. 126. S. 350. f. und Mosaisches Recht. 2. Th. §. 113.

ist nicht nur nirgends in den Gesetzen Mosis verboten, sondern wird vielmehr in andern Stellen des alten Testaments für erlaubt erklärt. 2. Samuel. XII. 8. vergl. mit 1. Sam. XVIII. 27. [32]).

6) Die Ehe des Schwiegervaters mit der Schwiegertochter.

3. B. Mos. XVIII. 15. Du sollst deiner Schnur Schaam nicht blößen; denn sie ist deines Sohnes Weib, darum sollst du ihre Schaam nicht blößen.

3. B. Mos. XX. 12. Wenn Jemand bey seiner Schwiegertochter schläft, so sollen sie beyde des Todes sterben. Sie haben eine Unzucht begangen, die an Raserey angränzt [33]); ihr Blut sey auf ihnen.

Die Ehe mit der Stiefschwiegertochter ist in den Gesetzen Mosis nicht verboten [34]).

Auf alle die in der geraden Linie verbotenen Ehen ist also Lebensstrafe gesetzt [35]), und von diesen Verboten spricht Moses sein Volk in keinem Falle los [36]).

32) S. Michaelis Eheges. Mosis. §. 108. S. 308. f. und Schlegel's Darstellung. S. 92.

33) In dem hebräischen Text wird das Wort *Thebel* (תבל) gebraucht, welches bey den Arabern eine unsinnige Liebe oder Raserey bedeutet, wie Michaelis von den Eheges. Mosis. §. 19. S. 65. näher gezeigt hat.

34) S. Niemeier Diss. de coniugiis cum socru et nuru divino iure prohibitis. §. 41. sqq. (in Dissertat. de conjugiis prohibit. iunctim edit. Diss. IV.) und Michaelis von den Eheges. Mosis. §. 108. S. 308. f.

35) 3. B. Mos. XX. 11. 12. 14.

36) Michaelis §. 32. S. 108. Nr. 6.

II. In der gleichen Seitenlinie

A. der Blutsfreundschaft, sind verboten,

1) die Ehe mit der vollbürtigen Schwester (soror germana);

2) die Ehe mit der halbbürtigen Schwester von väterlicher Seite (soror consanguinea); und

3) die Ehe mit der halbbürtigen Schwester von mütterlicher Seite, (soror uterina).

Die hierher gehörigen Stellen sind.

3. B. Mos. *XVIII*. 9. Du sollst die Blöße deiner Schwester, die deines Vaters, oder deiner Mutter Tochter ist, sie mag in oder außer dem Hause gebohren seyn, nicht aufdecken.

Wenn gleich den Worten nach dieses Verbot auf die Ehe mit der halbbürtigen Schwester von väterlicher oder mütterlicher Seite geht; so ist es doch, seinem wahren Sinne nach, ohne Zweifel auch auf die Ehe mit der vollbürtigen Schwester zu beziehen, weil ja keine vollbürtige Schwester gedacht werden kann, die nicht die Tochter unsers Vaters ist, auch keine, die nicht die Tochter unserer Mutter ist [37]). Hier ist also das beyderseitige Verhältniß vereinigt, was bey Halbgeschwistern getrennt ist. Da nun nach dieser Ansicht das Verbot der Ehe mit der vollbürtigen Schwester fast buchstäblich in dem Gesetz enthalten ist, so haben wir nicht nöthig, mit einigen Auslegern den Worten in oder außer dem Hause gebohren, oder, wie es Luther giebt, da-

37) S. Michaelis Eheges. Mosis. §. 97. S. 274. und Schlegel's Darstellung der verbotenen Grade. S. 81. f.

heim oder draußen gebohren, eine auf den Unterschied zwischen einer vollbürtigen und halbbürtigen Schwester sich beziehende Bedeutung beyzulegen. Nach der richtigern Erklärung deuten vielmehr die Ausdrücke בית und חוץ auf den Unterschied zwischen ehelicher und unehelicher Geburt hin. Denn was im Hause gebohren ist, gehört zur Familie des Vaters. Familienkinder, Hauskinder aber sind eine Wirkung rechtmäßiger Ehe. Außer dem Hause gebohrne können also nur uneheliche Kinder seyn. Die Worte daheim oder draußen gebohren, können demnach wohl keinen andern Sinn haben, als den, die Schwester sey ehelicher oder unehelicher Geburt [38].

3. B. Mos. *XVIII.* 11. Du sollst der Tochter deines Vaters Weibes, die deinem Vater gebohren ist, Schaam nicht blößen, denn sie ist deine Schwester.

Diese schwierige Stelle, von welcher wir eine wenig bekannte, allein sehr gelehrte Abhandlung von einem gewissen Gottfried Valand, ehemaligen Professor zu Frankfurt an der Oder [39], haben, wird sehr verschieden erklärt. Nach der gewöhnlichen Erklärung soll dieselbe von der Ehe mit der vollbürtigen Schwester reden, weil sie sonst eine überflüßige Wiederholung der einen Hälfte des neunten Verses seyn würde, wenn man sie von

38) S. Michaelis Ehegesetze Mosis §. 132. S. 346. besonders aber Desselben mosaisches Recht. 2. Th. §. 114. ff.

39) Diss. Legis connubii, quae Levit. XVIII. v. 11. ex Gentium jure refertur, genuinum sensum exquirens. *Lipsiae* 1705. 4.

der halbbürtigen Schwester, die einen Vater mit uns hat, erklären wollte [40]. Zur Unterstützung dieser Erklärung führt man ferner an, daß das Wort אשת eine allgemeine Bedeutung habe, und jede Ehefrau bezeichne, sie sey die erste oder zweyte. Allein es ist dagegen mit Recht erinnert worden, daß der vorige Vers 9. ohne allen Zweifel auch von der vollbürtigen Schwester rede, mithin die Tautologie, welcher man durch diese Erklärung ausweichen wollte, nicht vermieden werde. Wollte man aber auch annehmen, der neunte Vers rede nur von der Halbschwester, so wäre es wenigstens auffallend, warum der halbbürtigen Schwester früher, als der vollbürtigen gedacht worden sey. Daß das Wort אשת eine allgemeine Bedeutung habe, ist nicht zu längnen, allein unerweislich ist es, daß אשת אביך nicht blos die Stiefmutter, sondern auch die rechte Mutter bedeute. Die meisten erklären daher diese Stelle von einer halbbürtigen Schwester von väterlicher Seite [41]. Dieß ist die Ehe, sagt man, in welcher Abraham mit der Sara lebte [42]. Moses habe also nöthig gefunden, diese Ehe noch mit andern Worten zu beschreiben, und zum zweyten Male zu verbieten, damit nicht, mit Berufung auf Abrahams

40) So die Rabbinen bey Selden Uxor. Ebraic. Lib. I. cap. 6. und von den christlichen Auslegern *Lucas* Osiander, Chemnitz u. A. welche Valand cit. Diss. §. 13. anführt.

41) Valand führt Diss. cit. §. 14. eine Menge von Theologen und Juristen an, die dieser Erklärung zugethan sind. Diese Erklärung begünstigen auch die lateinische Vulgata, die Syrische, die Chaldäische, die Arabische, und die Samaritanische Uebersetzung.

42) 1 B. Mos. XX. v. 12.

Beyspiel, sein erstes Gesetz falsch erklärt würde [43]. Aber auch dieser Erklärung, ob sie gleich mehr Gründe, wie jene erstere, für sich hat, steht entgegen, daß sich selbst gegen das Beyspiel Abrahams, wodurch man die hier unauflösliche Tautologie zu rechtfertigen sucht, noch so Manches einwenden läßt [44]. Wollte man aber auch annehmen, Abraham habe wirklich seine Halbschwester vom Vater her geheyrathet, wie Michaelis [45] aus den einleuchtendsten Gründen erwiesen hat; so bleibt es doch wenigstens räthselhaft, warum Moses den Vers 11. wodurch der Vers 9. erklärt werden sollte, durch Einrückung eines damit gar nicht in Verbindung stehenden Verbots

43) S. Michaelis Mosaisches Recht. 2. Th. §. 114.

44) Josephus *Antiquitat. iud.* Lib. I. Cap. XII. §. 1. sagt, die Sara sey die Tochter des Stiefbruders Abrahams gewesen, und dieser Erklärung, welche besonders die jüdischen Ausleger *Raschi*, *Abarbanel* u. a. annahmen, hat besonders der Verfasser der näheren Entwickelung der vornehmsten Streitfragen, die Ehen naher Blutsfreunde betreffend Kap. I. §. 15. Not. *) S. 172. ff. ausführlich zu beweisen gesucht. Wenn nun gleich Abraham 1 B. Mos. XX. v. 12. sagt: sie ist wahrhaftig meine Schwester, denn sie ist meines Vaters Tochter, aber nicht meiner Mutter Tochter, und ist mein Weib geworden; so konnte doch auch eine Bruders Tochter im Hebräischen seine Schwester heißen, so wie das Wort Tochter im Hebräischen auch für Enkelin genommen wird. Es würde denn auch diese Heyrath in der Familie Abrahams nicht eben befremdlich seyn, da auch sein Bruder Nachor seines Bruders, des Harans, Tochter, die Milka, geheyrathet hat. 1 B. Mos. *XI.* v. 29.

45) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 35.

der Ehe mit der Enkelin, welches in dem Verse 10. enthalten ist, von dem V. 9. getrennt habe. Andere wollen daher den V. 11. von der Ehe zusammengebrachter Kinder erklären. Unter den hebräischen Auslegern waren besonders die Karaiten dieser Meinung. Unter den neuern hat sie vorzüglich Samuel Bohl[46]), ein Rostocker Theologe, in Schutz genommen, der jedoch den Piscator, Anton und Johann Matthäi, Cramer, Cornelius a Lapide, Menochius, Cyprianus Regnerus und Manzius, als schon ältere Vertheidiger dieser Erklärung, anführt. Der Hauptbeweis für diese Meinung beruhet auf der Construction des hebräischen Worts *moledeth*, (מולדת) welches nach der hebräischen Grammatik kein participium passivum, sondern activum sey, und daher nicht mit dem Worte Tochter, sondern Stiefmutter construirt werden müße, so daß also der Sinn des Verses folgender sey: Die Blöße der Tochter deiner Stiefmutter, die deinem Vater Kinder gebohren hat, sollst du nicht aufdecken, denn sie ist deine Schwester. Nach dieser Erklärung käme es also darauf an, ob meine Stiefmutter in der Ehe mit meinem Vater Kinder gebohren hat, oder nicht. Nur in dem ersten Falle dürfte ich ihre Tochter erster Ehe nicht heyrathen, wohl aber in dem letztern Falle. Unter den Rechtsgelehrten haben vorzüglich Heinr. Bodinus[47]), und Joh. Heinr. von Berger[48]) diese Erklärung zu vertheidigen gesucht. Allein

46) Tract. contra matrimonium comprivignorum. *Rostochii* 1637. P. I. cap. 6. pag. 11. et Cap. XXXVII. pag. 67.

47) Diss. de conjugiis illicitis. Th. 9.

48) Diss. de matrimonio comprivignorum. *Lipsiae* 1708.

Michaelis[49]) hat den Ungrund derselben in ihrer ganzen Blöße aufgedeckt, und gezeigt, daß sie blos auf den jüdischen Vocal-Puncten beruhe, diese Puncte aber nichts beweisen könnten, weil sie nicht von Mosis Hand, sondern jünger, als das fünfte Jahrhundert nach Christi Geburt sind. Es heißt ja auch *molethed abicha*. Hätte Moses sagen wollen, die deinem Vater Kinder gebohren hat, so müßte es heißen, *molethed leabicha*. Das Participium passivum ist also schon aus der Grammatik gerechtfertiget[50]). Anders hat auch diese Stelle der Chaldäische Ausleger Onkelos, und anders haben sie auch die siebenzig Dollmetscher (ὁμοπατρία ἀδελφή σου ἔστιν) nicht verstanden[51]). Hierzu kommt, daß die Ehen zusammengebrachter Kinder nie verboten waren, weil sie gar nicht mit einander verwandt sind[52]). Eine mit jener verwandte Erklärung ist die der Sadducäer,

49) Mosaisches Recht. 2. Th. §. 115. Man vergleiche auch Valandi Dissert. §. 23.

50) S. Danz Grammat. Hebr. §. 46. 1. 2. a. in Not.

51) S. Hackspan Notae philologico theolog. in v. 11. Levit. XVIII. pag. 439. Niemeier Diss. de coniugiis consanguineorum iure divino prohibit. §. 63. (inter Dissertat. de conjugiis prohibitis iunctim edit. Diss. II.) Hannesen lucubration. select. circa doctr. de computatione graduum. P. II. Sect. II. §. 33. Not. (*) und der Verfasser der nähern Entwick. der vornehmsten Streitfragen die Ehen naher Blutsfreunde betr. Kap. 2. §. 15. S. 340. und 341.

52) Niemeier cit. Diss. §. 64 — 67. *Jo.* Clericus in Pentateuch. und der Verfasser der histor. Abhandlung von den Ehegesetzen. 1. Abschn. §. 11.

welche Selden[53]) anführt. Diese wollen nämlich den V. 11. von einer vom Vater adoptirten Stieftochter verstehen, welche also dadurch eine Schwester des Sohns desselben geworden ist. Allein diese Meinung widerlegt sich schon dadurch von selbst, daß nach den Sitten der Hebräer Adoptionen unstatthaft und ungewöhnlich waren, auch Moses die Verwandtschaft aus Adoptionen zu keinem Ehehinderniß gemacht hat, wie Michaelis[54]) sehr richtig bemerkt. Zuletzt ist noch die von allen bisherigen Erklärungen abweichende Meinung Gottfried Baland's[55]) zu bemerken übrig, welcher behauptet, daß 3. B. Mos. XVIII. V. 11. die Ehe des Stiefsohns mit der Tochter der Stiefmutter, die sie nach dem Tode seines Vaters mit einem andern Manne erzeugt hat, verboten werde. Soviel ist gewiß, daß hier von einer solchen Tochter der Stiefmutter die Rede ist, welche die Stiefmutter, nicht ehe sie Stiefmutter wurde, sondern erst nachher, gebohren hat. Hätte sie diese Tochter mit dem Vater des Stiefsohns gezeugt; so wäre sie des letztern Halbschwester von väterlicher Seite. Nun ist aber die Ehe mit derselben schon V. 9. verboten, und eine Tautologie ist ohne hinlänglichen Grund nicht anzunehmen. Diese wird vermieden, wenn man den 11ten Vers von einer solchen Tochter erklärt, welche die Stiefmutter, nach dem Tode des Vaters ihres Stiefsohns, mit einem andern Manne gezeugt

53) Uxor Hebraica. Lib. I. cap. 6. pag. 28.

54) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 40.

55) Diss. cit. Legis connubii, quae *Levit. XVIII. v.* 11. ex Gentium iure refertur, genuinum sensum exquirens. §. 25. sqq.

hat. Da nun die Stiefmutter mit dem Vater des Stiefsohns durch die Ehe ein Fleisch geworden ist, so konnte der göttliche Gesetzgeber von der Tochter, die die Stiefmutter mit einem andern Manne gezeugt hat, sagen, sie ist dem Vater des Stiefsohns gebohren, so wie man sagte: die Kinder, welche der überlebende Bruder mit seines ohne Kinder verstorbenen Bruders Wittwe zeugte, wären dem verstorbenen Bruder gebohren worden [56]. Denn das Wort מרלדת bedeutet im Hebräischen soviel als Kind, Nachkomme, Abkömmling [57]. So wenig nun der Vater des Stiefsohns diese Tochter heyrathen dürfte, wenn die Stiefmutter von ihm geschieden worden wäre; eben so wenig darf auch desselben Sohn diese Tochter heyrathen, weil sie gleichsam als desselben Schwester anzusehen ist. Für diesen Fall war noch kein besonderes Eheverbot vorhanden, und doch erforderte die Vollständigkeit der göttlichen Ehegesetze ein solches. Durch diese Erklärung wäre also nicht nur der Anstand einer überflüßigen Wiederholung gehoben, sondern es ließe sich nun auch wohl ein Grund angeben, warum dieses Verbot von jenem, welches in dem 9ten Verse enthalten, durch Einrückung eines an-

56) 5. B. Mos. XXV. V. 5. u. 6. und 1 B. Mos. XXXVIII. V. 8. u. 9. Man könnte zur Unterstützung dieser Erklärung auch noch die Stellen 1 B. Mos. XVI, 2. XXX. 3. 4. 9. und 1 Buch der Chronik. II, 18. anführen, nach welchen die mit der Magd der Frau auf deren Verlangen von ihrem Manne gezeugten Kinder, für Söhne der Frau gehalten wurden, welches in den angeführten Stellen durch die Redensart, auf den Schooß der Frau gebären, ausgedrückt wird. S. Michaelis Ehegesetze Mosis. §. 78. Not. **) S. 231.

57) 1 B. Mos. XLVIII. V. 6.

dern, getrennt worden ist; damit nämlich desto eher bemerkt würde, daß dieses Verbot von jenem ganz verschieden sey[58]. Ich füge noch zum Beschluß die mir gefälligst mitgetheilte Erklärung meines theuersten Freundes und Collegen, Herrn Kreiß-Consistorialraths Kaiser, hinzu, welcher zur Vermeidung einer unnöthigen Wiederholung, da auch die größten Exegeten Drusius, Grotius, und unter den neuern Schulz, Rosenmüller und Vater, keinen, oder keinen gültigen Grund angeben, warum das, was 3. B. Mos. *XVIII.* 9. schon gesagt war, im 11ten Verse sollte wiederholt worden seyn, vermuthet, daß der 11te Vers von des Vaters Enkelin zu verstehen, und so zu übersetzen sey: Die Schaam einer Tochter vom Weibe deines Vaters, die ein Nachkomme (Enkelin) deines Vaters, (also) mit dir durch Verschwisterung verwandt ist, sollst du nicht entblößen. Denn בַּת מוֹלֶדֶת heißt überhaupt: weiblicher Nachkomme, wie das einfache מוֹלֶדֶת: Nachkomme. 1. Mos. 48, 6. Esth. 2, 10. 20. Hieher gehört auch der Hebraismus: Tochter Abrahams. Luc. 13, 16. Und אָחוֹת heißt auch Verwandte durch Verschwisterung. Hiob 42, 11. Vielleicht stand im Texte ursprünglich das doppelte בַּת, und weil dann die dreyfache Endung ַת- vorkam (עֶרְוַת בַּת-בַּת); so wurde vom Abschreiber das eine בַּת übersehen. Auf den Sinn: Enkelin führt aber in jedem Falle die Anordnung in den Versen des 18. Kap. des Leviticus und die Analogie.

58) Dieser Meinung ist auch *Jo.* Bechstad Collat. iurium connubial. (*Coburgi* 1626. 4.) P. II. Cap. 9. p. 242.

Doch es sey genug, diese verschiedenen Meinungen blos historisch angeführt zu haben. Es würde die größte Vermessenheit seyn, mir eine Entscheidung darüber anzumaßen, welche nur denen zukommt, die der hebräischen Sprache kundiger sind, als ich, zumal da der große Orientalist, Michaelis [59]), über diese Stelle selbst noch im Zweifel geblieben ist. Ich will nur noch die übrigen, die Ehe zwischen Geschwistern verbietenden Gesetze hinzufügen.

3. Buch Mos. XX, 17. Wenn Jemand seine Schwester, die Tochter seines Vaters, oder seiner Mutter nimmt, und ihre Blöße siehet, und sie siehet seine Blöße, das ist eine Blutschande [60]); sie sollen ausgerottet werden vor den Augen der Kinder ihres Volks [61]); denn er hat seiner Schwester Schaam entblößet, er soll seine Missethat tragen.

5 B. Mos. XXVII, 22. Verflucht sey, wer bey seiner Schwester liegt, die seines Vaters oder seiner Mutter Tochter ist; und alles Volk soll sagen: Amen.

B) In der gleichen Seitenlinie der Schwägerschaft sind verboten,

59) S. Desselben Mosaisch. Recht. 2. Th. §. 114.

60) Im Hebräischen wird das Wort *Chesed* (חסד) gebraucht, welches eigentlich soviel, als Liebe bedeutet, aber in gutem und schlimmen Verstande genommen wird. S. Michaelis Eheges. Mosis. §. 19. S. 62. ff.

61) Michaelis Mosaisch. Recht. 5. Th. §. 237. S. 28. f. erklärt dieses Ausrotten vor den Augen des Volks von einer Lebensstrafe.

1) die Ehe mit des Bruders Frau.

3 B. Mos. XVIII, 16. Du sollst deines Bruders Weibes Schaam nicht entblößen; denn sie ist deines Bruders Schaam.

3 B. Mos. XX, 21. Wenn Jemand seines Bruders Weib nimmt, das ist eine schändliche That; sie sollen ohne Kinder seyn, darum, daß er hat seines Bruders Schaam entblößet.

5 B. Mos. XXV, 5. Wenn Brüder bey einander wohnen, und einer stirbt ohne Kinder, so soll des Verstorbenen Weib nicht einen fremden Mann draußen nehmen, sondern ihr Schwager soll sie beschlafen, und zum Weibe nehmen, und sie ehelichen.

V. 6. Und den ersten Sohn, den sie gebiert, soll er bestätigen nach dem Namen seines verstorbenen Bruders, daß sein Name nicht vertilgt werde aus Israel.

Auch diese Gesetze werden zwar sehr verschieden erklärt; so wie sie indessen nach Luther's Uebersetzung lauten, so scheinen sie sich wie Regel und Ausnahme gegen einander zu verhalten. Die beyden ersten Gesetze verbieten ganz allgemein des Bruders Weib zu heyrathen, der Bruder, von dessen Ehe mit demselben die Rede ist, sey ein vollbürtiger oder halbbürtiger Bruder, von väterlicher oder mütterlicher Seite; der Bruder, welcher des Weibes Mann ist, sey noch am Leben oder todt; das Weib sey geschieden oder nicht. Denn das Gesetz macht keinen Unterschied, so wie es doch bey der ähnlichen Ehe mit des Weibes Schwester unterscheidet, davon Vers 18. spricht.

Von diesem allgemeinen Verbote macht nun das letzte Gesetz in dem Falle eine Ausnahme, wenn der Bruder ohne Kinder verstorben ist[62]). Hier soll es zwar bey dem schon früher eingeführten Leviratsrechte verbleiben, nach welchem der überlebende Bruder die Wittwe des verstorbenen heyrathen mußte, und zwar dergestalt, daß der erste aus dieser Ehe erzeugte Sohn nicht ihm, dem leiblichen Vater, sondern dem verstorbenen Bruder zugeschrieben ward, und dessen Erbschaft bekam; es ist aber die Strenge dieses Rechts dahin modificirt worden, daß wenn sich der überlebende Bruder einer der verschmäheten Wittwe im Gesetz erlaubten Beschimpfung vor Gericht unterwerfen will, er sich von dieser gesetzlichen Nothwendigkeit befreyen kann[63]). Es heißt nämlich 5 Buch

62) So ist die Vereinigung der angeführten Gesetze auch dargestellt von *Matth.* HAFENREFFER Locor. theolog. Lib. III. Loc. 10. de conjug. pag. 636. sq. *Jo. Barth.* NIEMEIER Diss. de coniugio cum fratria divino iure prohibito. *Helmst.* 1701. (inter Dissertat. *Eius* de coniugiis prohibit. iunctim edit. Diss. VI.) §. 7. sqq. GERHARD Locor. Theolog. Tom. XV. pag. 306. edit. *Cotta. Aug.* VARENIUS Decad. Bibl. Locor. ad Deuteron. XXV. 5. Dec. VII. Loc. IX. §. 11. p. 162. sqq. Michaelis von den Ehegesetzen Mosis. §. 19. S. 67. §. 71. S. 216. ff. vorzüglich §. 100. S. 277. und §. 103. S. 287. ff. von dem Verfasser der näheren Entwick. der vornehmst. Streit-Fragen, die Ehen naher Blutsfreunde betr. Kap. 2. S. 186. ff. HANNESEN Lucubrat. de computatione graduum. P. II. Sect. III. §. 54. HOFACKER Diss. historiam et rationem iuris incestum prohib. sistens. §. 8. u. Schlegel S. 93. Not. 33.

63) Von diesem Leviratsrechte handeln ausführlich *Jac.* PERIZONIUS de constitutione divina super ducenda de-

Mos. XXV. V. 7—10. „Gefällt's aber dem Manne nicht, daß er seine Schwägerin nehme, so soll sie, seine Schwägerin, hinauf gehen unter das Thor vor die Aeltesten, und sagen: mein Schwager wegert sich seinem Bruder einen Namen zu erwecken in Israel, und will mich nicht ehelichen. — So sollen ihn die Aeltesten der Stadt fordern, und mit ihm reden. Wenn er dann steht und spricht: Es gefällt mir nicht sie zu nehmen; — so soll seine Schwägerin zu ihm treten vor den Aeltesten, und ihm einen Schuh ausziehen von seinen Füßen, und ihn anspeien [64]), und soll antworten und sprechen: Also soll man thun einem jeden Manne, der seines Bruders Haus nicht erbauen will. — Und sein Name soll in Israel heißen des Barfüßers Haus." Daß dieses Leviratsrecht, so wie solches von dem altlateinischen, und von Festus erklärten Worte, *Levir*, des

functi fratris uxore ad propagandam eius nominis memoriam, in *Dissertation. Triade* Diss. I. cum praef. Heineccii *Halae* 1722. und Michaelis im Mosaischen Rechte. 2. Th. §. 98. Man findet auch in den wöchentlichen Hallischen Anzeigen vom Jahre 1768. Nr. XV—XVIII. eine Erläuterung des Mosaischen Gesetzes 5 B. Mos. XXV. V. 5—10. von der Verheyrathung einer kinderlosen Wittwe mit des verstorbenen Mannes Bruder, von dem ehemaligen Professor J. F. Stiebritz in Halle.

64) Es kann dieses Anspeien wohl von keinem Speien in das Gesicht verstanden werden, wie es von mehreren verstanden worden ist. Der hebr. Ausdruck *vajarkah bephanaf* kann auch füglich so verstanden werden, sie solle vor ihm ausspeien, so wie es auch die LXX. und die meisten jüdischen Lehrer erklären. S. Michaelis mos. Recht. 2. Th. §. 98. S. 145. Not. (**).

Mannes Bruder, den die Hebräer *Jabam* nannten, benennet wird, schon längst vor den Zeiten Mosis im Gebrauche gewesen sey, lehrt die Geschichte von der Thamar, der Schwieger-Tochter des Juda, welche 1 Buch Mos. XXXVIII. erzählt wird. Sie wär eine Cananiterin, und hatte des Juda ältesten Sohn, den Ger, geheyrathet. Da dieser ohne Kinder starb, so wurde der zweyte Sohn, Onan, wider seinen Willen genöthiget, seine Schwägerin zu heyrathen, welches dann zu der Versündigung Anlaß gab, wovon Moses a. a. O. V. 9. u. ff. spricht. Man sieht aus diesem Beyspiele, daß es vor Mose keinen Ausweg gegeben habe, sich von dieser Heyrath loszumachen. Der Ursprung dieses Rechts läßt sich aus der Geschichte nicht mit Gewißheit bestimmen. Michaelis [65]) will ihn aus einem alten Herkommen der Cananiter herleiten, und meint, daß die Vielweiberey, welche bey den Juden, so wie bey andern benachbarten Völkern, herrschend war, das Leviratsrecht veranlaßt habe. Dieser Meinung scheint aber der von ihm selbst angeführte Grund entgegen zu streiten, daß die Cananiter keinen gewissen Ehestand gehabt, sondern in concubitu promiscuo gelebt haben. Es ist merkwürdig, was Moses 1. B. XXXVIII. v. 10. erzählt: Da gefiel dem Herrn übel, was Onan gethan hatte, und er tödete ihn. Sollte also nicht vielmehr das Leviratsrecht aus einer göttlichen Offenbarung herzuleiten seyn, und zu Abrahams Zeiten seinen Anfang genommen haben? Denn in seiner Familie finden wir doch die ersten Spuren, wie die Geschichte der Tha-

65) Mos. Recht a. a. O. S. 139. Man sehe auch Desselben Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 71. S. 216. ff.

mar beweist. Es scheint auch vielleicht eine typische Beziehung auf den Meßias gehabt zu haben, der in den Schriften des neuen Testaments überall als der Erstgebohrne dargestellet wird [66]. War das Leviratsrecht unter den Cananitern wirklich im Gebrauche, wie es denn auch noch jetzt in Asien unter den Mongolen [67], in dem übrigen Arabien aber unter den Juden üblich seyn soll [68]; so läßt sich die Ursache leicht errathen. Denn Abraham lebte ja mit seiner Familie unter den Cananitern und stand bey ihnen in großem Ansehen [69]. Wahrscheinlich war auch das Opfer unter diesem Volke eine Nachahmung der jüdischen Opfer [70]. Vermöge des Leviratsrechts durfte aber auch des verstorbenen Bruders Frau keinen fremden Mann, der nämlich aus einem andern Stamm und Familie war, heyrathen, damit Name und Erbgut des Verstorbenen bey der Familie erhalten werde. Denn das Land, was einmal einem Stamme oder Familie durch's Loos zu Theil geworden war, mußte beständig bey demselben bleiben, und durfte nicht von einem Stamme auf den andern fallen [71]. Daher konnte denn auch die kinder-

66) Römer VIII, 29. Kolosser I, 15. u. 18.

67) Du Halde Description de la Chine et de la Tartarie Chinoise. Tom. IV. pag. 48.

68) Niebuhr Beschreibung von Arabien. S. 69.

69) Huetius Demonstr. Evangel. Prop. IV. Cap. III. §. 2. pag. 116.

70) Man vergl. hier vorzüglich die nähere Entwick. der vornehmsten Streit-Fragen, die Ehen naher Blutsfreunde betr. Kap. 2. §. 4. S. 241. ff.

71) Man lese 4 B. Mos. XXXVI. V. 6—9. und verbinde damit Kap. XXVII. V. 8.

lose Wittwe mit Recht von des verstorbenen Mannes Bruder die Ehe fordern. Dieß mußte aber freylich entweder der leibliche Bruder, oder wenigstens ein Halbbruder von väterlicher Seite seyn. Denn wo es auf Erbfolge und Erhaltung des Namens des Verstorbenen ankam, wurden die Halbbrüder von mütterlicher Seite nicht für Brüder geachtet [72]. War kein Bruder vorhanden, oder schlug er die Ehe aus, so ging das Leviratsrecht auf den folgenden nächsten Agnaten des verstorbenen Mannes über, wie die Ehe des Boas mit der Ruth beweist [73], und die bey den Israeliten festgesetzte Erbfolgeordnung außer allen Zweifel setzt [74]. Der in der neuen Ehe erstgebohrne Sohn ward nun Erbe der Güter, und in Absicht auf die Erbschaft eben so angesehen, als wenn ihn der Verstorbene selbst gezeugt hätte. Dieß ist der Sinn der Worte 5. B. Mos. XXV. 6. Den ersten Sohn, den sie gebiert, soll er bestätigen nach dem Namen seines verstorbenen Bruders, daß sein Name nicht vertilgt werde aus Israel. Nach diesen Worten scheint es zwar, als ob der erstgebohrne

72) S. Seldenus de Uxor. Ebraic. Lib. I. Cap. VIII. p. 56. Ebenders. de Success. in bona defunctor. Cap. XIV. Hakspan. Notae philolog. Theolog. ad h. L. pag. 587. und Niemeier cit. Diss. VI. §. 31.

73) Ruth III, 12. 13. und IV, 1—10. S. Michaelis von den Ehegesetzen Mosis. §. 103. S. 288.

74) 4 B. Mos. XXVII, 8—11. Ganz unrichtig erklärt das Wort Bruder *Christ. Car.* Rauschenbusch Diss. de lege Leviratus ad fratres non germanos, sed tribules referenda, praes. Walchio def. *Goettingae* 1765. Man sehe Michaelis Mos. Recht 2. Th. §. 98. S. 147. Not. (*).

Sohn auch den Namen des Verstorbenen erhalten hätte. Allein die Geschichte widerspricht, wenn gleich Josephus [75]) wirklich dieser Meinung ist. Denn der von dem Boas mit der Ruth gezeugte erste Sohn, hieß nicht, wie ihr erster Mann, Elimelech oder Mahalon, sondern Obed [76]). Das hebräische Wort שֵׁם bedeutet zwar soviel als Name, aber auch soviel, als Nachkommenschaft [77]). Diese letzte Bedeutung gehört hieher. Der Sinn ist also nach dem hebräischen Text: der erstgebohrne Sohn wird stehen anstatt der Nachkommenschaft, durch welchen das Geschlecht des Verstorbenen fortgepflanzt werden soll. Diese Erklärung bestätiget auch die V. 9. angeführte Rede einer verschmäheten Wittwe, wenn sie sagt: so soll man einem jeden Manne thun, der seines Bruders Haus nicht erbauen will; denn das heißt nichts anders, als der für die Nachkommenschaft des Bruders nicht sorgen will [78]). So wurde denn also verhütet,

75) *Antiquitat. Judaic.* Lib. IV. Cap. 8.

76) Ruth IV, 17. und 21.

77) 5 B. Mos. XXV, 7. 1 Samuel. XXIV, 22. und 2 Sam. XIV, 7.

78) Der Evangelist Matthäus XXII, 24. welcher das ganze Gesetz Mosis vom Levirat anführt, braucht den sehr treffenden Ausdruck ἀναστῆσαι σπέρμα, id est, *suscitare semen seu prolem.* In dieser Hinsicht schreibt daher AFRICANUS *Epist. ad Aristid.* bey EUSEBIUS in *Histor.* Lib. I. Cap. 7. *Nomina generum seu genealogiarum in Israële recensentur vel ex natura, vel ex lege. Natura quidem, per naturalis sobolis successionem; Lege vero, quando alius sobolem procreat nomine fratris defuncti, vel quae tribuatur fratri*

daß der Name des verstorbenen Bruders nicht vertilgt, sondern in den Geschlechtstafeln fortgeführt wurde. Das Resultat von dem Allen wäre nun also dieses.

1) Das Gesetz, 3. B. Mos. *XVIII.* 16. und *XX.* v. 21. verbietet die Ehe mit des Bruders Frau ausdrücklich, und zwar nicht nur mit des noch lebenden Bruders Frau, sondern auch mit des verstorbenen Bruders Wittwe, wenn dieser Kinder hinterlassen hat. Eine solche Ehe wird *Nidda* genennt. So nannten die Hebräer und Syrer jede abscheuliche Sache, und Luther übersetzt es, das ist eine schändliche That. Sollte der Name Nidda, welchen Moses dieser Ehe giebt, von dem Arabischen Nidd herzuleiten seyn, wie Michaelis [79]) meint, und die Bedeutung von Nebenbuhler, in welcher es häufig genommen wird, hier Statt finden; so wäre damit auch zugleich die Ursache des Verbots angezeigt. Der Gesetzgeber befürchtet nämlich, der jüngere Bruder möchte des ältern Nebenbuhler werden, wenn er Anwartschaft auf seines Bruders Frau hätte, und dieselben sich also schon zum voraus als künftige Eheleute anzusehen hätten. Diese verführerische Hoffnung mußte also Moses beyden Theilen benehmen [80]). Die Strafe, sie sollen ohne Kinder seyn, ist jedoch nicht gerade von einer physischen Unfruchtbarkeit zu verstehen, sondern es heißt vielmehr, die Kinder, die sie in dieser Ehe mit einander zeugen, sollen nicht als ihre Kinder angesehen werden, sollen nicht ihre Erben seyn, und in den Ge-

defuncto sine liberis. Man sehe hier vorzüglich Perizonius cit. Diss. pag. 23 — 26.

79) Eheges. Mosis. §. 19. S. 66. f.

80) Michaelis Ehegesetze Mosis. §. 71. S. 219.

schlechtstafeln nicht auf ihren Namen geschrieben werden [81]. Damit nun aber doch das ganz allgemein gefaßte Verbot nicht in einem solchen Umfange ausgedehnt werden möchte, als wäre damit auch das alte Leviratsrecht aufgehoben worden; so ward nun noch

2) ausnahmsweise das Gesetz 5. B. Mos. XXV. 5. hinzugefügt, daß in dem Falle, da der verstorbene Bruder keine Leibeserben hinterlassen hätte, dem überlebenden Bruder nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten seyn sollte, desselben Wittwe zu heyrathen. Es ist sehr wahrscheinlich, daß dieses Gesetz erst nach jenem Eheverbote gegeben, und durch irgend eine Gelegenheit veranlaßt worden sey. Denn ich glaube nicht, daß die Gesetze Mosis alle auf einmal, und in einer ununterbrochenen Reihe sind gegeben worden, sondern der höchste Gesetzgeber gab sie seinem Volke, so wie sich die Gelegenheit dazu anbot. So gaben z. B. die Töchter Zelaphehads zur Festsetzung einer Erbfolgeordnung die Veranlaßung [82]. Vielleicht läßt sich daraus auch erklären, warum zuweilen Eheverbote, welche ihrem Inhalt nach zusammen gehören, durch Einrückung anderer, von einander getrennt worden sind. Da des ohne Kinder verstorbenen Bruders Frau das hinterlaßene Erbgut ihres Mannes nicht behalten, und in ihre Familie bringen durfte, sondern nach der festgesetzten Erbfolgeordnung an des verstorbenen Brüder, und wenn keine Brüder da waren, an den Vaters Bruder, und wenn auch kein solcher vorhanden war, an den

81) Michaelis angef. Abhandl. §. 76. S. 226. f. und Rauschenbusch cit. Diss. §. X. pag. 21. sq.

82) 4 B. Mos. XXVII. V. 8 — 11.

nächsten Verwandten aus der Familie fiel [83]); so war es zugleich Bedingung der Erbfolge, die kinderlose Wittwe zu heyrathen, damit Name und Andenken des Verstorbenen nicht erlöschen, sondern erhalten werden möchte [84]). Wie treu die alten Juden dem Leviratsgesetz angehangen, ergiebt sich noch besonders aus den darauf sich beziehenden Namen, die sie den aus einer solchen Ehe erstgebornen Söhnen beylegten. So hieß z. B. ein Sohn des Abisurs, Achban, d. i. die Erbauung des Bruders [85]), und Scheloms Sohn nannte man Achihud, d. i. die Ehre des Bruders [86]).

Mit diesem Resultate stimmen jedoch nicht alle überein. Viele sind der Meinung, daß die Ehe mit des verstorbenen Bruders Wittwe nach 5. B. Mos. *XXV.* v. 5. ohne Unterschied erlaubt, und nur in dem Falle geboten sey, wenn der verstorbene Bruder keinen Sohn hinterlassen habe. Denn das hebräische Wort בן, *Ben* sey hier der Singularis, und bedeute im Singularis immer soviel, als Sohn, nur im Pluralis werde es zuweilen für Kinder genommen. Solchemnach enthalte also dieses Gesetz keine Ausnahme von 3. B. Mos. *XVIII.* 16. und XX. 21. Denn in diesen Stellen werde nicht die Ehe mit des verstorbenen Bruders Wittwe, sondern mit des noch lebenden Bruders Frau verboten, und zwar in dem Falle, da ihr der Mann einen Scheidebrief gegeben hat. Denn ist das Weib dem Manne entlaufen, oder ihm geraubt,

83) S. die angef. Stelle aus 4 B. Mos.

84) Ruth Kap. 4. V. 5. u. 10.

85) 1. Chron. II, 29.

86) 4 B. Mos. XXXIV, 27. Noch mehrere Beyspiele führt Simon in Onomast. vet. Testam. pag. 454. sq. an.

so sey die Ehe mit demselben ein Ehebruch, welcher 3. B. Mos. XX. 10. mit einer weit härteren Strafe bedrohet sey, als die V. 21. bestimmte ist. Unter den Kirchenvätern war schon Augustinus [87]) dieser Meinung. In den neuern Zeiten aber ward sie besonders von Luther und Melanchton bey der Gelegenheit vertheidiget, als der König Heinrich *VIII.* von England, welcher sich mit seines verstorbenen Bruders Arthur Wittwe, Katharine von Spanien, vermählt hatte, sich von derselben aus dem Grunde wieder trennen wollte, weil diese Ehe den göttlichen Gesetzen zuwider wäre [88]). Und wer kann sich nun wundern, wenn das Ansehen dieser großen Männer der Meinung derselben zahlreiche Anhänger, besonders unter den Rechtsgelehrten [89]) verschafte? Man

87) Quaest. LXI. in Leviticum.

88) Luther's und Melanchton's Gutachten sind in einem lateinischen Auszuge bey *Hieron.* Brückner in Decision. iuris matrim. ad Cap. V. pag. 222 — 227. in der deutschen Sprache aber bey Sarcerius in Corp. iuris matrimon. P. V. pag. 265. sqq. befindlich. Vollständig aber hat sie aus den englischen Archiven bekannt gemacht *Gilb.* Burnet in Hist. Reformat. Anglic. P. II. Nr. 35.

89) Es verdienen hier besonders folgende bemerkt zu werden. *Hartm.* Pistoris Observ. singular. Nr. CXCII. *de* Lyncker Respons. CXXVI. Nr. 58. Seldenus Uxor Ebraic. Lib. I. Cap. XII. et XIII. pag. 56. sqq. (edit. *Francof. ad Oder.* 1673. 4.) Joh. Pet. von Ludewig neue Rechtsgründe, daß es gerechter sey, seines verstorbenen Bruders Weib zu nehmen, als eine fremde; in Desselben gelehrten Anzeigen (Halle 1744. 4.) 2ter Th. Stück CLXXXIII — CLXXXVIII. S. 998 — 1052. Ein rechtliches Gutachten der Hallisch. Juristen-Facultät über die Zulässigkeit der Ehe mit des

sucht diese Meinung zunächst aus dem hebräischen Sprachgebrauche zu erweisen, nach welchem das Wort אֵשֶׁת, Escheth, in seiner eigentlichen Bedeutung die Frau eines noch lebenden Mannes bezeichne, so wie es auch 3. B. Mose *XVIII*. 20. genommen werde, wo der Beyschlaf mit des Nächsten Weibe verboten wird. Daß aber diese Bedeutung hier anzuwenden sey, lasse sich aus den Gründen des Verbots leicht darthun. Denn der Israelite durfte, nach einem unter diesem Volke geduldeten Herkommen, seiner Frau den Scheidebrief geben, wenn sie ihm nicht mehr gefiel. Das geschiedene Weib konnte nun einen andern Mann heyrathen [90]. Sie hätte also auch

Bruders Wittwe findet sich ebendaselbst im 3ten Theile St. LII. S. 312—320. *Ge. Henr.* Ayrer Commentat. de iure dispensandi circa connubia iure divino non diserte prohibita. (*Goett.* 1742. 4.) Sect. IV. §. 14—20. pag. 204—226. *Jo. Ge.* Pertsch Disp. de supremo iure dispensandi circa coniugium cum defuncti fratris uxore. *Helmst.* 1750. 4. Carl Gottl. Knorre rechtliche Abhandlungen u. Gutachten. (Halle 1757. 8.) Nr. XVII. S. 196—202. Joh. Georg Estor kleine Schriften. 2. Band. (Marburg 1762. 8.) Nr. XXXIX. S. 613 — 623. und Klüpfel Bedenken über die Frage: ob die Ehe mit des Bruders Wittwe erlaubt sey? sammt Desselben umständlicher Widerlegung, Gotha 1752. 8. Von den neuern Theologen sind noch zu bemerken Baumgarten theolog. Gutachten 2tr Samml. 13. u. 15. St. u. Desselb. theol. Bedenken 7. Samml. 48. St. vorzüglich Dr. Nitzsch neuer Versuch über die Ungültigkeit des mos. Gesetzes und den Rechtsgrund der Eheverbote, in einem Gutachten über die Ehe mit des Bruders Wittwe. Wittenberg u. Zerbst 1800. 8.

90) 5. B. Mos. XXIV, 1—4.

ihres gewesenen Mannes Bruder heyrathen können. Dieß war es nun aber, was der göttliche Gesetzgeber nach seiner Weisheit ausdrücklich verbot, damit nicht zwischen Brüdern dadurch Feindschaft verursacht werden, oder aber ein schlechtgesinnter Bruder, um seines Bruders Frau zu bekommen, und durch Verhinderung der Nachkommenschaft desselben Erbschaft an sich zu bringen, die Frau zu Mißhelligkeiten mit ihrem Manne reitzen, und diesen dadurch veranlassen möchte, der Frau, des Verdrußes müde, den Scheidebrief zu geben. Noch mehr aber bestärke die Richtigkeit dieser Erklärung der in dem Gesetz selbst angeführte Grund: denn sie ist deines Bruders Schaam. Hierdurch werde ganz deutlich angedeutet, daß hier von eines solchen Bruders Weibe die Rede sey, deren Mann noch am Leben ist. Denn sonst würde hier des Bruders Weib weder seine Schaam haben genennt, noch zu verstehen gegeben werden können, daß ihm dadurch Unrecht geschehe, wenn das Gesetz von einem verstorbenen, und nicht vielmehr noch lebenden Bruder müßte verstanden werden, weil ja die Frau nach des Mannes Tode aufhöre, desselben Schaam zu seyn. Hierzu komme aber noch die ächt biblische Bedeutung des Worts נדה *Nidda* 3. B. Mose XX. 21. welches Luther durch eine schändliche That übersetzt hat. Dieses Wort bedeute aber eigentlich soviel als Unreinigkeit, Unflat [91]), und werde insonderheit von der monatlichen Unreinigkeit eines Weibes gebraucht [92]). So wie nun dem Manne

91) 3 B. Mos. XIII, 8. XIV, 19. XVII, 15. 2 Chronik. XXIX, 5. Esra IX, 2.

92) 3 B. Mos. XV, 19. 20. 21. 25. 26. XVIII, 19. Klaglied. Jeremiä I, 17. Hesekiel XXXVI, 17.

die Beywohnung nur so lange verboten ist, als die Frau ihre Monatszeit hat,[93]); so sey auch die Ehe mit des Bruders Frau nur so lange verboten, als der Bruder noch am Leben ist. Auf diese Allegorie des Ausdrucks Nidda hätten auch schon die alten jüdischen Ausleger Aben Esra und Abarbanel[94]) ihren Beweis von der Zuläßigkeit der Ehe mit des verstorbenen Bruders Frau gestützt. Aber nicht nur die Allegorie des Ausdrucks, sondern auch die Analogie aus 3. B. Mos. *XVIII*. 18. beweise die Richtigkeit dieser Meinung. Denn da werde die Ehe mit der Frauen Schwester auch nur verboten, so lange die Frau lebt. Beyde Ehen wären aber einander, dem Grade und der Art der Schwägerschaft nach, vollkommen gleich, folglich gelte auch der Schluß von der einen Ehe auf die andere. Vollends außer allen Zweifel setze diese Erklärung endlich das Beyspiel des Herodes Antipas, welchem Johannes, wie uns die Evangelisten erzählen[95]), geradezu ins Gesicht sagte: es sey nicht recht, daß er seines Bruders Weib habe. Denn gerade darin habe das dem Herodes vorgeworfene Verbrechen bestanden, daß er seines Bruders, des Philippus, Gemahlin, die Herodias, zum Weibe genommen habe, während ihr Gemahl noch am Leben war, wie Josephus bezeuge[96]). Aus

93) 3 B. Mos. XVIII, 19.

94) Commentar. ad Levitic. Die Stellen aus Aben Esra und Abarbanal hat von Ludewig in den angef. gelehrten Anzeigen 2. Th. S. 1022. f. excerpirt.

95) Matthäus XIV, 3. 4. Marcus VI, 17. 18. und Lucas III, 19.

96) *Antiquit. Judaicar.* Lib. XVIII. cap. 7.

allen erscheine also soviel, daß die Ehe mit des verstorbenen Bruders Frau nirgends verboten sey, ja Christus habe die Zuläßigkeit derselben selbst stillschweigend anerkannt, als ihm die Sadducäer von einem Weibe, welches sieben Brüder nach einander zur Ehe gehabt, die Frage vorlegten: weßen Weib sie in der Auferstehung seyn werde? Denn indem Christus ihnen geantwortet: Ihr irret, in der Auferstehung werden sie weder freyen, noch sich freyen lassen; sondern sie sind gleich, wie die Engel Gottes im Himmel [97]; so laße sich hieraus der sichere Schluß ziehen, daß Christus gegen die Zuläßigkeit einer solchen Ehe mit des Bruders Wittwe an sich nichts zu erinnern gefunden habe.

Es ist nicht zu läugnen, daß diese Gründe gar nicht unerheblich sind, und heut zu Tage bey der Wichtigkeit der für diese Meinung sprechenden Gutachten gewiß den Ausschlag geben würden. Ob sie aber auch dem Geiste der Mosaischen Eheverbote entsprechen, ist noch wichtigen Zweifeln unterworfen. Denn gerade der Hauptbeweis, der von der Bedeutung des hebräischen Worts Escheth hergenommen wird, verliert alle Kraft, sobald man findet, daß dieses Wort in den mosaischen Ehegesetzen eben sowohl eine Wittwe, als die Ehefrau eines noch lebenden Mannes bedeute. Man vergleiche nur 3 B. Mose XVIII, 8. 11. 14. 15. wo dasselbe Wort von des Vaters Weibe, des Vaters Bruders Weibe, und des Sohns Weibe gebraucht wird. Diese Stellen beweisen aber auch zugleich, daß der V. 16. bey dem Verbote der Ehe mit des Bruders Weibe

97) Matth. XXII, 23—30. Marc. XII, 18—25. Luc. XX, 27—36.

angeführte Grund: denn sie ist deines Bruders Schaam, noch immer sein Gewicht behält, wenn auch der Bruder nicht mehr am Leben ist. Denn dieser Grund wird auch V. 8. bey dem Verbote der Ehe mit des Vaters Weibe hinzugefügt; da doch gewiß Niemand zu behaupten sich wird einfallen lassen, daß dieses Eheverbot nur auf des Vaters Lebenszeit beschränkt sey. Die Gründe aber, aus welchen die Ehe mit des verstorbenen Bruders Wittwe wirklich von Mose verboten ist, sind gewiß nicht minder wichtig, als diejenigen, welche die Gegenparthey für das Verbot der Ehe mit des noch lebenden Bruders Weibe angeführt hat. Es beweist auch die Allegorie des Ausdrucks Nidda gewiß eben so wenig, als die vermeintliche Analogie des Eheverbots V. 18. für diese Meinung. Denn daß das Wort Nidda nach seiner arabischen Abstammung auch noch eine andere Bedeutung und Beziehung habe, als jene von der monatlichen Unreinigkeit der Weiber, hat schon Michaelis gezeigt. Die Aehnlichkeit aber, welche man zwischen der Ehe mit des Bruders Frau und der Ehe mit der Frauen Schwester zu finden vermeint, ist offenbar nur eingebildet. Denn auch davon abgesehen, daß hier die Berechnung der Grade bey den mosaischen Eheverboten als gewiß vorausgesetzt wird, welche doch aus guten Gründen (S. 223. f.) bestritten worden ist; so ergiebt sich die Verschiedenheit beyder Eheverbote schon daraus, daß Polygamie mit zwey Schwestern, welche das Gesetz 3 B. Mos. XVIII, 18. verbietet, eher möglich war, als die gemeinschaftliche Ehe zweyer Brüder mit einem Weibe. Würde aber nicht Moses, der bey der Ehe mit der Frauen Schwester so genau bestimmt, daß sie blos bey Lebzeiten der Frau verboten seyn solle, würde er nicht auch bey dem Verbote der Ehe

mit des Bruders Frau das Wörtchen בחיך, so lange er lebt, hinzugefügt haben, wenn er unter dem Ausdruck Escheth des Bruders Wittwe nicht hätte verstehen wollen? Soviel endlich die zur Begründung der entgegengesetzten Meinung angeführten Beyspiele von Herodes und den Sadducäern anbetrifft; so beruhen die darauf gebaueten Beweise auf schwachen Stützen, wie die nähere Geschichte derselben beweisen wird. Herodes Antipas war mit der Tochter des Areta, eines Königs der Araber, vermählt. Allein die Untreue ihres Gemahls veranlaßte sie, ihn zu verlassen, und zu ihrem Vater zurückzukehren. Denn er lebte mit seines Bruders Philippus Ehefrau, der Herodias, im unerlaubten Einverständniß, und verführte sie, daß sie ihrem Manne entlaufen mußte, um sie zu seinem Weibe zu machen. Nun lebte damals nicht nur ihr Mann noch, welcher ihr keinen Scheidebrief gegeben hatte, sondern es war auch aus dieser Ehe eine Tochter, Salome, vorhanden, welche Philippus in der Ehe mit der Herodias gezeugt hatte, eben die Salome, welche nach der Erzählung der Evangelisten durch ihren einnehmenden Tanz an dem Geburtstage des Herodes die Enthauptung des Johannes veranlaßt hatte. Herodes hatte also durch seine Verheyrathung mit seines Bruders Weibe ein mehrfaches Verbrechen begangen, einen doppelten Ehebruch, und einen doppelten Incest, welches ihm Johannes mit Recht vorgehalten hatte[98]. Gesetzt

98) Man vergleiche Josephus Antiquit. Jud. Lib. XVIII. Cap. 7. Eusebius Hist. Eccles. Lib. I. cap. 12. Nicephorus Hist. Eccles. Lib. I. cap. 19. Hieronymus Comm. ad Cap. XIV. Matthaei. auch noch besonders Seldenus de iure naturali et gentium iuxta disciplin. Ebraeor. Lib. V. cap. 19 — 22. Die Genealogie der

aber auch, Herodes hätte erst nach dem Tode seines Bruders desselben Wittwe geheyrathet, so handelte er doch noch immer gegen das Leviratsgesetz, weil ein Kind aus dieser Ehe vorhanden war; zwar nur eine Tochter; allein das hebräische Wort בן bedeutet auch nicht gerade einen Sohn, wie die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung unrichtig annehmen, sondern heißt überhaupt soviel als proles ohne Unterschied des Geschlechts [99]). Daher haben nicht nur die LXX. den allgemeinen Ausdruck σπέρμα gebraucht, wenn sie die Bedingung des Leviratsgesetzes ausdrücken, *σπέρμα δὲ μὴ ᾖ αὐτῷ, semen vero ei defuerit*, sondern auch die Evangelisten, welche das Leviratsgesetz anführen, bedienen sich alle des Worts τέκνα; welches soviel als Kinder heißt, *μὴ ἔχων τέκνα, non habens liberos.* Hieraus erklärt sich denn auch, wenn Josephus von Herodes sagt, er habe ἐπὶ συγχύσει φρονήσασαν τῶν πατρίων, *in contemtum morum patriorum*, seines Bruders Frau geheyrathet; und Tertullian [100]) sagt gerade in Beziehung auf das Leviratsgesetz: *Ioannes retundens Herodem, quod adversus legem uxorem fratris sui defuncti duxisset, habentis filiam ex illa (non alias hoc permittente, immo et praecipiente lege, quam si frater illiberis decesserit, ut a fratre ipsius,*

Herodianischen Familie findet man in Niemeieri Diss. cit. de coniugio cum fratria iure divino prohibito. §. 65.

99) Niemeier cit. Diss. §. 33. und Pfaff in Notis ad Matthaeum XXII. v. 24. haben dieses hinlänglich bewiesen. Man sehe auch die mehrmals angeführte nähere Entwickelung der vornehmsten Streitfragen die Ehen naher Blutsfr. betr. Kap. 2. §. 5.

100) *Advers. Marcionem.* Lib. IV. cap. 34.

et ex costa ipsius supparetur. semen illi) conjectus in *carcerem fuerat ab eodem Herode postmodum et occisus.* Das Beyspiel der Sadducäer hingegen ist von der Art, daß bey der Ehe des Weibes, welches nach einander sieben Brüder geheyrathet hatte, dem Leviratsgesetz nicht war entgegengehandelt worden, weil keiner dieser Brüder nach seinem Tode Kinder hinterlassen hatte, wie der Evangelist Marcus [1]) ausdrücklich bemerkt.

2) Die Ehe mit der noch lebenden Frauen Schwester. Hierher gehört die Stelle

3 B. Mose XVIII, 18. Du sollst auch deines Weibes Schwester nicht nehmen, neben ihr, ihre Schaam zu blößen, ihr zuwider, weil sie noch lebet.

So nach Luther's Uebersetzung. Da jedoch diese Uebersetzung dem hebräischen Texte nicht ganz entspricht, so will ich die Uebersetzung des Michaelis [2]) noch hinzufügen: Du sollst nicht eine Frau zu ihrer Schwester nehmen, daß sie ihre Nebenbuhlerin sey, und du ihre Blöße neben ihr aufdeckest, bey ihrem Leben. Man mag nun annehmen, welche Uebersetzung man will, so fällt es in die Augen, daß Moses hier blos die Polygamie mit zwey Schwestern verbietet. In einer solchen Ehe mit zwey Schwestern lebte Jacob. Da diese Ehe mit Kindern gesegnet war, welches der Israelite für ein göttliches Wohlgefallen erklärte [3]); so hätte

1) Kap. XII. V. 20—22.

2) Mosaisches Recht. 2. Th. §. 116. S. 218. Man vergleiche auch die Abh. von den Eheges. Moss. §. 77. S. 228. f.

3) 1 B. Mos. XXIX, 31. f.

dieses Beyspiel gar leicht auch andere zur Nachfolge reitzen können. Diesem vorzubeugen, sollte die Ehe mit zwey noch lebenden Schwestern verboten seyn. Der Grund ist in dem Gesetz selbst enthalten, weil Eifersucht und Feindschaft zwischen den beyden Schwestern, die einen Mann hätten, unvermeidlich wäre, wie auch das Beyspiel der beyden Schwestern Lea und Rahel bewies, welche Jacob zu gleicher Zeit in der Ehe hatte [4]. Denn Vielweiberey und Eifersucht hat im Arabischen gleiche Bedeutung, wie Michaelis [5]) gezeigt hat. Das Wort Schwester ist also hier in seiner eigentlichen Bedeutung zu nehmen. Zwar hat das in dem Grundtext gebrauchte hebräische Wort אחרת auch eine so weitläuftige Bedeutung, daß es eine jede andere Frau bezeichnet, und die Redensart אשה אל אחותה, eine Frau zu ihrer Schwester, hieß auch öfters so viel, als eine zur andern. Selbst der Apostel Paulus braucht das Wort ἀδελφή, Schwester, für eine jede christliche Frauensperson, wenn er 1. Corinth. IX. 5. sagt: Haben wir nicht auch Macht eine Schwester zum Weibe zu nehmen? Mehrere, selbst Theologen, sind daher durch jenen Hebraismus verleitet worden, unserm Gesetz einen ganz andern Sinn beyzulegen. Sie wollen es nämlich von einem Verbote der Vielweiberey überhaupt verstehen [6].

4) 1 B. Mose XXX, 1. ff.

5) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 78.

6) Z. B. Matth. Hafenreffer, Joh. Tarnov, B. Calovius, Dan. Fessel, Matth. Flacius, Joh. Calvinus. Dan. Chamier, Tremellius u. m. a. welche Niemeier in Diss. de coniugio cum uxoris sorore divino iure prohibito. §. 4. et 5. anführt, zugleich

Allein auch davon abgesehen, daß man bey der Erklärung eines Gesetzes schon nach den allgemeinen Regeln der Hermeneutik nicht leicht von der eigentlichen Bedeutung der Worte abweichen darf, wenn nicht dazu hinreichende Gründe vorhanden sind; so würde auch schon selbst der Genius der hebräischen Sprache dagegen streiten, wenn man unsere Stelle so übersetzen wollte: Du sollst nicht eine Frau zur andern zu gleicher Zeit nehmen, weil kein Substantivum, worauf sich das ischah beziehen könnte, ausgedruckt ist, wie doch z. B. 1. B. Mos. XIII. 11. und 2. B. Mos. XXVI. 2. 3. 6. geschieht. Sodann aber ist ja das Wort Schwester in allen übrigen Stellen des Kap. XVIII., als V. 9. 11. 13. in seiner eigentlichen Bedeutung genommen worden; warum sollte es denn gerade hier V. 18. in einer figürlichen Bedeutung genommen worden seyn? es läßt sich dieses um so weniger mit Grund behaupten, weil unser Gesetz in der Reihe derjenigen Gesetze begriffen ist, welche die Ehen in die nahe Freundschaft untersagen, und wo also die Namen der Verwandtschaft schlechterdings in ihrer eigentlichen Bedeutung genommen werden müssen. Hätte Moses die Polygamie überhaupt zu verbieten die Absicht gehabt, in welchem Widerspruche würde nicht die Verordnung 5. B. Mose XXI. 15. 16. erscheinen? Diese Stelle beweist vielmehr deutlich, daß die Polygamie nach den Gesetzen Mosis gar nicht verboten war. Es hatte vielmehr Moses seine gegründeten Ursachen, warum er dieselbe nicht geradezu verbot, wie

aber diese Meinung §. 6. sqq. gründlich widerlegt. Man sehe auch Michaelis a. a. O. S. 230. und die nähere Entwickelung der vornehmsten Streitfragen, die Ehen naher Blutsfr. betr. Kap. 2. §. 3. S. 208. ff.

Michaelis [7]) ausführlich dargethan hat. Moses wollte also nur die Polygamie einschränken, indem er die Ehe mit der noch lebenden Frauen Schwester untersagte, um Zwist und Eifersucht unter Schwestern zu verhüten. Es ist daher auch kein Unterschied, die Schwester der Frau sey eine vollbürtige oder halbbürtige Schwester, weil das Wort אחת von beyden gebraucht wird [8]). Zunächst gieng nun zwar dieses Verbot auf eine polygamia simultanea, wie die Worte: neben ihr, ihre Schaam zu blößen, zu erkennen geben. Es mag auch wohl der Fall sehr selten gewesen seyn, daß der Mann der einen Schwester den Scheidebrief gegeben haben sollte, um die andere zu heyrathen, die er doch neben ihr hätte haben können. Indessen hat es keinen Zweifel, daß das mosaische Verbot auch diesen Fall mit unter sich begreift, weil der Grund des Gesetzes hier ganz der nämliche ist [9]). Sollte nicht aber die Ehe mit zwey Schwestern vielleicht in dem Fall für erlaubt zu halten seyn, wenn eine solche Feindschaft und Eifersucht unter denselben nicht zu befürchten wäre, welche Moses durch das Eheverbot zu verhüten suchte? Keinesweges. Man beherzige nur die

7) Mos. Recht. 2. Th. §. 94. u. 96.

8) S. Selden de iure nat. et gent. iuxta disciplin. Ebr. Lib. V. cap. 10. pag. 615. Niemeier Dissert. cit. §. 6. Michaelis Eheges. Mos. §. 35. S. 109.

9) Eben so urtheilt Philo lib. de Legg. specialib. P. II. pag. 503. sq. edit. *Mangey*. Eben so alle übrige jüdische Lehrer bey Seldenus de iure natur. et Gent. iuxta disciplin. Ebraeor. Lib. V. cap. 10. pag. 615. Man vergleiche noch Niemeier cit. Diss. §. 9. et 59. und besonders Michaelis von den Ehegesetzen Mosis: §. 80. S. 237. f. und §. 100. S. 279.

Worte: bey ihrem Leben (bechajaeha), oder, wie dieß Luther übersetzt hat, weil sie noch lebt, und bedenke, daß sie einen wesentlichen Umstand des von dem Gesetzgeber verbotenen Falles ausmachen, auf welchen sich blos jener gesetzliche Grund, als eine unausbleibliche Folge, bezieht. Mit völliger Zuversicht läßt sich hingegen daraus schließen, daß die Ehe mit der verstorbenen Frauen Schwester in den Gesetzen Mosis keineswegs verboten sey; und hierin stimmen auch jetzt die berühmtesten Theologen [10]) und Rechtsgelehrten [11]) mit einander überein. Dennoch, ist es möglich? hat man noch darüber streiten können, ob dem wirklich so sey. Man sehe nur das Heer von Theologen und Rechtsgelehrten, welche Nie-

10) S. Baumgarten theol. Bedenken 1. Samml. S. 179. ff. V. S. 27. VII. S. 38. ff. Michaelis Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 77. u. 78. Unter den ältern Theologen verdienen noch vorzüglich genannt zu werden Luther vom ehelichen Leben (Tom. II. Opp. Altenburg. pag. 211. ff.) Niemeier Diss. cit. de coniugio cum uxoris sorore. §. 58. sqq. und Brentius Comm. in Levit. XVIII. pag. 843.

11) Wesenbec Consil. XXIII. Brückner Decision. iur. matrim Cap. VIII. Lyncker Respon. Vol. I. Resp. 6. de Cocceji iur. civ. controv. Lib. XXIII. Tit. 3. Qu. 14. Joh. Pet. von Ludewig gelehrte Anzeigen. 2. Th. St. CXXXII. u. CXXXIII. S. 712—726. und 3. Th. St. LXXVII. S. 488—493. Boehmer Consultation. et Decision. Tom. I. Part. I Resp. 160. *Jo. Henr.* Ayrer Comm. de iure dispensandi circa connub. iur. div. non diserte prohibita. Sect. IV. §. 21. pag. 226—231. Zu den neuern Schriften gehört noch *Jo. Leonh.* Holl Diss. de matrimonio cum defunctae uxoris sorore. *Giessae* 1772.

Meier [12]) anführt, die alle der Meinung sind, daß die Ehe mit der verstorbenen Frauen Schwester so gut, wie mit der noch lebenden verboten sey. Ja es werden Facultäten und Consistorien genannt, die alle so gesprochen hätten. Man giebt zu, daß das Gesetz ausdrücklich nur die Ehe mit der noch lebenden Frauen Schwester verbiete, will aber doch die daraus abgeleitete Folge darum nicht gelten lassen, weil die Analogie des Verbots der Ehe mit des Bruders Wittwe widerstreite. Denn beyde Ehen wären einander gleich. Nun ist zwar freylich nicht zu läugnen, daß beyde Ehen dem Grade nach gleich nahe sind; allein sie sind übrigens an sich von einander so verschieden, daß gerade diese Verschiedenheit den besten Beweis giebt, wie wenig der Schluß von der Gleichheit des Grades in den mosaischen Eheverboten gelte [13]). Für einen Wittwer, der Kinder hat, läßt sich kaum eine natürlichere Ehe gedenken, als die Ehe mit seiner Frauen Schwester; es kann aber auch für die sterbende Frau gewiß keine Parthie mehr wünschenswerth und für sie beruhigender seyn, als die mit ihrer Schwester, so wie selbst den Kindern keine Stiefmutter willkommner seyn kann, als die sie an ihrer Tante erhalten. Daher bemerkt von Ludewig [14]), daß diese Ehe nicht nur von den jüdischen Lehrern [15]) sehr empfohlen, sondern ihr auch noch das besondere Vorrecht in den

12) Diss. cit. §. 32. 33. et 34. Unter den neuern auch Hofacker Princ. iur. civ. Tom. I. §. 363.

13) S. Michaelis von den Ehegesetzen Mosis. §. 79. §. 99. und §. 103.

14) Angef. Gelehrte Anzeigen 2. Th. S. 716.

15) Z. B. *Jore Deah*, *Abarbanel*, *Maimon* und *Mardochai*.

jüdischen Gesetzen [16]) beygelegt worden sey, daß wenn sonst ein Wittwer vor Ablauf von sieben Monaten nicht wieder heyrathen darf, derselbe, wenn er seiner verstorbenen Frauen Schwester zu heyrathen sich entschließt, an diese Trauer-Monathe gar nicht gebunden ist, sondern nach verflossenen sieben Tagen die Ehe mit derselben vollziehen kann. Das Verbot des 18. Verses selbst aber wird von dem R. Eben Häfer in dem Schulchan Aruch nach der Lehre der Rabbinen folgendergestalt erklärt: Der Frauen Schwester, ist verboten nach dem Gesetz, so lange als seine Frau lebt, wenn aber die Frau gestorben, so ist ihm sodann ihre Schwester erlaubt zu nehmen [17]).

III. In der ungleichen Seitenlinie

A. der Blutsfreundschaft sind verboten

1) die Ehe mit des Vaters Schwester,

2) die Ehe mit der Mutter Schwester.

Die hierher gehörigen Stellen der Bibel sind.

3. B. Mos. XVIII. 12. 13. Du sollst deines Vaters Schwester Schaam nicht blößen; denn es ist deines Vaters nächste Blutsfreundin. —

16) S. *Gemara Moekaton*, und *Gemara Gesamot*. c. 7.

17) So hat diese Stelle Jo. Chr. Ge. Bodenschatz in der kirchl. Verfassung der heutigen Juden. IV. Th. IV. Kap. 1. Sect. 2. Tab. §. 26. S. 104. übersetzt. Daß die Juden an der Zuläßigkeit der Ehe mit der verstorbenen Frauen Schwester nie gezweifelt haben, bemerkt auch SELDENUS de iure natur. et gent. iuxta disciplin. Ebraeor. Lib. V. Cap. 10. pag. 615. in fin. et sq. (edit. *Argentorat.*) 1665. 4.)

Du sollst deiner Mutter Schwester Schaam nicht blößen, denn es ist deiner Mutter nächste Blutsfreundin.

3. B. Mos. XX. 19. Deiner Mutter Schwester Schaam, und deines Vaters Schwester Schaam sollst du nicht blößen; denn ein solcher hat seine nächste Blutsfreundin aufgedeckt, und sie sollen ihre Mißethat tragen.

Nach der gewöhnlichen Erklärung wird dieses Eheverbot ohne Unterschied sowohl von der vollbürtigen als halbbürtigen Schwester des Vaters und der Mutter verstanden [18]. Michaelis [19] glaubt hingegen, daß das Wort Schwester hier in einer engern Bedeutung, vermöge welcher es nur eine vollbürtige Schwester bezeichnet, genommen worden sey, weil Moses sich bestimmter und sorgfältiger auszudrücken pflege, wenn er die Halbgeschwister mit verstanden wissen wolle. Ich bin zwar viel zu wenig in den orientalischen Sprachen unterrichtet, um mir

18) S. Niemeier Diss. II. de conjugiis consanguineor. iure divino prohibit. §. 74.

19) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 108. Nach dieser Meinung hat daher die Göttinger Juristenfacultät bey Ge. Ludw. Böhmer in den auserlesenen Rechtsfällen 3. B. 1. Abth. Nr. 179. S. 27—31. respondirt, daß die Ehe mit des Vaters Halbschwester in den Mosaischen Gesetzen nicht ausdrücklich verboten, und daher unter die nach den göttlichen Rechten zuläßigen Ehen zu rechnen sey. Aus gleichem Grunde hat auch die Hällische Juristenfacultät bey Klein in den merkwürdigen Rechtssprüchen derselben 2. Bd. Nr. XV. S. 170—174. die Heyrath mit der Mutter Halbschwester für zuläßig erkannt.

ein Urtheil über die Meinung dieses großen Gelehrten und Sprachforschers anmaßen zu können. Darf ich indessen als Jurist meine Meinung sagen, so glaube ich, daß der in allen drey Gesetzen angeführte Grund: sie ist deines Vaters, deiner Mutter nächste Blutsfreundin, auf eine Halbschwester eben so gut, als auf eine vollbürtige Schwester paßt. Ich halte es daher für desto sicherer dem Gattungsbegriff der Schwester treu zu zu bleiben, weil Michaelis [20]) selbst gesteht, daß es eine nicht völlig ausgemachte Frage sey, ob hier blos die rechte Schwester, oder auch die Halbschwester zu verstehen sey, und das erste nur für wahrscheinlich hält. Daß übrigens hier blos von der Schwester des leiblichen Vaters und der leiblichen Mutter die Rede sey, bedarf kaum bemerkt zu werden, da der Ehe des Stiefsohns mit seiner Stiefmutter Schwester, oder Stiefvaters Schwester gar kein Hinderniß entgegen steht [21]). Ob aber nicht auch die Ehe der Nichte mit des Vaters oder der Mutter Bruder, oder welches eben soviel heißt, die Ehe mit des Bruders oder der Schwester Tochter, für verboten zu halten sey, ist sehr streitig. Soviel ist richtig, daß sie Moses nicht ausdrücklich verboten hat. Dennoch halten sie viele [22]) für stillschweigend

20) Mosaisches Recht. 2. Th. §. 116. S. 218.

21) Niemeier cit. Diss. II. §. 74.

22) *Jo.* Bechstad Collat. iurium connubial. P. I. Cap. 11, §. 5. pag. 8. *Mich.* Havemann Gamologia synopt. Lib. II. Tit. 5. Posit. 7. Reg. 4. pag. 386. sqq. Jo. Fried. Gühling in den Anmerkungen zu Jerusalems Beantwortung der Frage, ob die Ehe mit der Schwester Tochter nach den göttlichen Gesetzen zuläßig sey? Chemnitz 1755. Der Verf. der nähern Entwickelung

verboten, weil hier Grad und Verwandschaftsverhältniß das nämliche sey. Man glaubt, es stehe auch hier der respectus parentelae eben so, wie bey jener Ehe, im Wege. Allein es ist merkwürdig, daß vor dem Gesetz Mosis die Ehe mit des Vaters Schwester so erlaubt war, wie die Ehe mit des Bruders Tochter. Dieß beweist das Beyspiel des Amram's, welcher seines Vaters Schwester die Jochebed zur Frau hatte, aus welcher Ehe Moses selbst herstammt [23]). Ferner das Beyspiel

der vornehmsten Streitfragen die Ehe naher Blutsfreunde betreff. Kap. 3. §. 4. 5. 6. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 362. u. a. m.

23) 2. B. Mose VI. 20. und 4. B. Mos. XXVI. 59. Niemeier Diss. cit. II. §. 69. und Michaelis von den Ehegesetzen Mosis. §. 36. machen es zwar zweifelhaft, ob Moses aus einer Ehe mit des Vaters Schwester gezeugt sey. Denn die Jochebed könne auch eine Enkelin des Levi, und also Amram, des Moses Vater, mit ihr Geschwisterkind gewesen seyn. Die LXX. übersetzen auch wirklich das Wort *dodah*, durch θυγατέρα ἀδελφοῦ τοῦ πατρὸς αὐτοῦ, *filiam fratris patris sui.* Allein דודה (*dodah*) heißt in der eigentlichen Bedeutung des Vaters Schwester. So wird die Jochebed auch 2. B. Mos. VI. 20. genannt, nämlich des Amrams, der sie zum Weibe genommen, Vaters Schwester, und 4. B. Mos. XXVI. 59. wird gesagt, sie sey eine Tochter des Levi gewesen. Damit stimmt auch die chaldäische Uebersetzung überein. Die 70 Dollmetscher dürfen uns nicht irre machen, denn diese haben sich zuweilen eine Aenderung der Leseart erlaubt, wovon Müller in Satura Observation. philologicar. Cap. IX. p. 150 — 155. mehrere Beyspiele anführt. Man sehe auch Hackspan Not. ad Exod. VI. 20. Am Ende sucht Michaelis selbst die Zweifel zu heben.

Othniels, der seines Bruders, des Kalebs, Tochter, die Achsa, zur Ehe hatte [24]). Nun verbietet Moses die

Man vergl. noch die nähere Entwickelung der vornehmst. Streitfragen die Ehen naher Blutsfr. betreff. Kap. I. §. 16. S. 184.

24) Buch der Richter. I. 13. III. 9. Josua XV. 17. Luther hat in allen diesen Stellen übersetzt: Athniel, der Sohn Kenas, des Bruders Calebs. Ihm sind auch HAVEMANN Gamolog. pag. 387. GERHARD Locor. Theol. Tom. XV. pag. 302. edit. *Cotta.* und MOSER Vindiciae graduum prohibitor. §. 14. pag. 106. gefolgt. Man sagt also: Othniel habe nicht seines Bruders, sondern seines Vaters Bruders Tochter geheyrathet. Denn Caleb sey nicht sein Bruder, sondern seines Vaters Kenas Bruder, und also Othniel und die Achsa Geschwister Kinder gewesen. Allein daß Luther diese Stellen nicht richtig übersetzt habe, sondern daß es vielmehr nach der Accentuation so heißen müsse: Othniel, der Sohn Kenas, der Bruder des Calebs, nicht aber, des Bruders Kalebs, hat schon RUS in Harmon. Evangel. Tom. I. pag. 37. dargethan, und auch Michaelis von den Ehegesl. Mosis §. 7. S. 17. bemerkt. Michaelis macht sich zwar den Zweifel, daß die Worte, Sohn, Bruder bey den Hebräern auch eine weitläuftigere Bedeutung hätten, und für Nachkommen, Bruders Kinder gesetzt würden. Es wäre demnach möglich, sagt er, daß die Hebräischen Worte auch den Verstand hätten: Othniel, der Enkel Kenas, ein Vaters-Bruders-Sohn Kalebs. Allein so wie die Accentuation hier entscheidend ist, so ist auch wohl die Bemerkung durchgreifend, daß bey Geschlechtsregistern, zumal der Hebräer, die darauf so viel hielten, die Worte Sohn und Bruder gewiß eher in der eigent-

Ehe mit des Vaters Schwester ausdrücklich, und fügt den Grund hinzu, weil es die nächste Blutsfreundin sey. Würde er nun nicht auch eben so gut die Ehe mit des Bruders Tochter verboten haben, wenn er auch diese zu verbieten die Absicht gehabt hätte? Es ist dieses um so glaublicher, da Caleb, der ein Zeitgenoß von Moses war, seine Tochter nicht seinem eignen Bruder zum Weibe gegeben haben würde, wenn Moses die Ehe mit des Bruders Tochter wirklich verboten hätte. Daß aber auch das jüdische Herkommen nach den Zeiten Moses, und dieses ist doch wohl gewiß der beste Aus-

lichen, als weitläuftigern Bedeutung zu nehmen sind. Die Schwierigkeit, die sich bey diesem Geschlechtsregister findet, kommt blos daher, daß Caleb 4. B. Mos. XIV. 6. der Sohn Jephunne, und 1. Chron. III. 18. der Sohn Hezron genennt wird, und Othniel 1. Chron. IV. 13. ein Sohn Kenas heißt. Es läßt sich aber die Schwierigkeit dadurch heben, daß zu vermuthen ist, es habe Hezron, nach des Jephunne Tode, desselben Wittwe geheyrathet, und daß aus dieser andern Ehe Othniel entsprossen sey; Hezron aber, wie bey den Hebräern gar nicht ungewöhnlich war, noch einen Beynahmen, nämlich den Namen Kenas, gehabt habe, wovon ähnliche Beyspiele an Moses selbst, Hosea, und andern in der H. Schrift vorkommen. Es wird dieses dadurch besonders wahrscheinlich, daß im Buche der Richter I. 13. Othniel des Kalebs jüngster Bruder genennt wird. Wahrscheinlich war er also ein Halbbruder Kalebs von mütterlicher Seite, wie auch Rus cit. loc. behauptet. Man vergleiche noch *Mich.* Beck Disquisit. Hermeneut. in Judic. I. 13. und besonders die öfters angef. nähere Entwickelung der vornehmsten Streitfragen ꝛc. Kap. I. §. 16. S. 180 ff.

leger seiner Gesetze [25]), die Ehe mit des Bruders Tochter für ganz unbedenklich muß gehalten haben, beweisen die bey Josephus [26]) vorkommenden Beyspiele, unter denen besonders das erste vom Joseph, dem Sohne Tobiä, in seiner Art sehr merkwürdig ist. Sein Bruder Solymius gab ihm seine Tochter zur Frau, um ihn dadurch von der Ehe mit einer heidnischen Tänzerin abzuhalten, welche er heyrathen wollte, aber nach dem Gesetz Mosis nicht heyrathen durfte [27]). Noch häufiger sind aber dergleichen Fälle in der Herodischen Familie vorgekommen. Herodes Philippus hatte seines Bruders Aristobulus Tochter Herodias zur Gemahlin. Philippus, der Vierfürst von Trochonitis, war mit seines eben genannten Bruders Herodes Philippus Tochter, Salome, verheyrathet, und des Aristobulus jüngster Sohn, Herodes, lebte mit seines Bruders Tochter, Berenice, in der Ehe [28]). Und Josephus hat keine dieser Ehen getadelt und für unerlaubt erklärt. In der That aber wurde auch die Tante für eine nähere Blutsfreundin gehalten, als die Nichte, wie schon daraus erhellet, weil man nach morgenländischer Sitte, welche noch jetzt bey den Arabern, den Nachkommen Ismaels, herrscht, zwar wohl des Vaters und der Mutter Schwester, nicht aber des Bruders,

25) *L. 37. D. de Legib.* Optima est legum interpres consuetudo.

26) Antiquitat. Jud. Lib. XII. Cap. 4. §. 6. Lib. XVII. Cap. 1. §. 3. Lib. XVIII. Cap. 5. §. 1. et §. 4.

27) S. Michaelis Ehegesetze Mosis. §. 86. S. 250 f.

28) S. Joh. Ge. Estors neue kleine Schriften 1. B. (Marb. 1761. 8.) Nr. IX. §. 3 ff. S. 304—310.

und der Schwester Tochter, ohne Schleyer sehen durfte [29]). Allein man kann es auch schon daraus erklären, daß die Ehe mit der Nichte, nicht eben so, wie die Ehe mit der Tante habe verboten seyn sollen, weil ja der Grund hier gar nicht der nämliche ist. Die Ehe mit des Vaters und der Mutter Schwester ist verboten, weil sie des Vaters, und der Mutter nächste Blutsfreundin ist. Konnte nun wohl Moses dieses in dem umgekehrten Falle bey der Ehe mit des Bruders, oder der Schwester Tochter sagen? Der Onkel hat zwar auch Superiorität über seine Nichte, so wie die Tante über ihren Neffen. Deswegen ist die Nichte ihrem Onkel eben die Ehrerbietung schuldig, wie der Neffe seiner Tante. Allein gesetzt, der göttliche Gesetzgeber hätte hierauf mit Rücksicht genommen, wogegen jedoch Michaelis [30]) viele erhebliche Gründe vorgebracht hat; so wird ja dieser Respect durch die Ehe mit der Nichte nicht verletzt. Es kann also auch von dieser Seite kein Hinderniß gedacht werden. Mit Recht vertheidigte daher Luther [31]) nicht nur die Zuläßigkeit der Ehe mit des Bruders Tochter, sondern auf sein Anrathen heyrathete auch ein angesehener Geistlicher, Marquard Schuldorp, Pastor in Kiel, seiner Schwester Tochter, um die Welt von dem Aberglauben abzubringen,

29) Michaelis Ehegesetze Mosis §. 69. und §. 70. S. 208 — 215. Man sehe auch, was davon oben S. 224. gesagt worden ist.

30) Ehegesetze Mosis. §. 48 — 51.

31) S. desselben Büchlein vom ehelichen Leben Tom. II. *Oper. Jenens.* S. 149 ff. und Tom. II. *Oper. Altenburg.* pag. 211.

als ob Moses gleiche Grade verboten habe [32]). Und dieser Meinung sind auch die berühmtesten Theologen [33]) und Rechtsgelehrten [34]) beygetreten.

Noch ist zu bemerken, daß auf die Uebertretung des Verbots der Ehe mit der Mutter Schwester, und des Vaters Schwester 3 B. Mos. XX, 19. keine Lebensstrafe gesetzt ist, sondern es heißt blos: der Uebertreter des Verbots soll seine Missethat tragen. Die Ausleger sind zwar darin einig, daß das Wort עון, oder חטא, welches sonst soviel als Schuld oder Missethat heißt, hier für poena perversitatis s. peccati gesetzt sey (wie z. B. Hiob XXXV, 3. und Klaglied. Jerem. IV, 6.) Aber darüber sind sie im Zweifel, ob hierdurch eine blos bürgerliche, dem Ermessen der Obrigkeit anheimzustellende Strafe, angedeutet, oder dem Uebertreter göttliche Straf-

32) Luthers Brief an den Pastor Schuldorp vom Jahre 1526. ist abgedruckt in Ayrer Commentat. de iure dispensandi circa connubia, iure div. non diserte prohibita. Sect. III. §. 30.

33) Niemeier Diss. cit. II. §. 76. Brentius Comment. in Levit. XVIII. J. F. W. Jerusalems Beantwortung der Frage: ob die Ehe mit der Schwester Tochter nach den göttlichen Gesetzen zuläßig sey? Chemnitz 1755. Michaelis von den Ehegesetzen Mosis. §. 94. u. §. 102.

34) *J. H.* Boehmer Jur. eccl. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 14. §. 55. pag. 199. Joh. Pet. von Ludwig Hallische gelehrte Anzeigen. 3. Th. Stük CIII. S. 645—652. Carl Gottl. Knorre rechtliche Abhandlungen und Gutachten. Nr. XVII. S. 196—202. *Dan.* Nettelbladt Observationes iuris eccles. (*Halae* 1783.) Nr. VIII. pag. 262. Thibaut Syst. des Pandectenrechts 1. Th. §. 400.

gerichte gedrohet werden [35]). Darüber ist man indessen einverstanden, daß unter den Namen Vater und Mutter auch der Großvater und die Großmutter zu verstehen sey [36]).

B) In der ungleichen Seitenlinie der Schwägerschaft verbietet das mosaische Recht ausdrücklich nur eine Ehe, nämlich mit des Vaters Bruders Frau.

3 B. Mos. XVIII, 14. Du sollst deines Vaters Bruders Schaam nicht blößen, daß du sein Weib nehmest; denn sie ist deine Base.

3 B. Mos. XX, 20. Wenn jemand bey seines Vaters Bruders Weibe schläft, der hat seines Vaters Bruders Schaam geblößet. Sie sollen ihre Sünde tragen; ohne Kinder sollen sie sterben.

Ich muß hier bemerken, daß unter dem Ausdruck Vaters Bruder (דוד) sowohl der vollbürtige als der Halbbruder zu verstehen ist [37]). Ob auch von mütterlicher Seite? Michaelis [38]) bezweifelt es, weil er nicht zur

35) NIEMEIER cit. Diss. II. de conjugiis consanguineor. iur. div. prohibitis. §. 73. Michaelis von den Ehegesetzen Mosis. §. 76. S. 227.

36) NETTELBLADT Observat. iur. eccl. c. I. und Michaelis §. 35. S. 114.

37) S. *Jo. Barth.* NIEMEIER Diss. de coniugio cum patrui uxore, divino iure prohibito. *Helmst.* 1701. (inter Dissertation. de conjugiis prohibitis iunctim editas. Diss. V.) §. 20. Carl Gottl. Knorren's rechtliche Abhandlungen und Gutachten (Halle 1757. 8.) Nr. IV. S. 79—86. und besonders Ge. Lud. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. 2. B. 1. Abth. Nr. 98.

38) Mosaisches Recht. 2. Th. §. 116. S. 221. a. E. und f.

Familie des Vaters gehörte, und also hier das Leviratsrecht nicht eintrat. Denn nach dem Leviratsrecht fiel die Wittwe des ältern ohne Erben verstorbenen Bruders an den Sohn des jüngern Bruders mit der Erbschaft, wenn desselben Vater nicht mehr lebte [39]. Bey dem frater uterinus des Vaters fiel also der von der Gefährlichkeit der Anwartschaft hergenommene gesetzliche Grund weg. Dieses abgerechnet, glaubt Niemeier [40], daß auch des Vaters Halbbruder mütterlicher Seite unter dem Verbot des Gesetzes begriffen sey. Die Strafe ist hier die nämliche, wie bey dem Verbote der Ehe mit des Bruders Frau [41]. Es hat daher auch wohl keinen Zweifel, daß das Verbot der Ehe mit des Vaters Bruders Frau auf beyde Fälle geht, des Vaters Bruder mag noch am Leben, oder todt seyn [42]. Der Grund ist der nämliche. Was Luther übersetzt hat, sie ist deine Base, heißt eigentlich im Hebräischen דדה amita, daher haben es Junius und Tremellius übersetzt: *amita tua est.* Einen besondern Grund hat aber das Verbot in der politischen Verfassung der Israeliten, und gehört daher zu den blos bürgerlichen Gesetzen der

39) S. Niemeier Diss. VI. de conjugio cum fratria div. iure prohib. §. 48 et 49. und Jo. Phil. Gabler's theol. Gutachten über die Zuläßigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe. Nürnb. u. Altdorf 1797. 8. §. 12. S. 46.

40) Diss. V. de coniugio cum patrui uxore, divino iure prohibito. §. 20.

41) Niemeier cit. Diss. VI. §. 5—8. hält die im Gesetz ausgedrückte Strafe für eine blos bürgerliche, bey welcher die Ehe selbst nicht aufgehoben wird.

42) Niemeier cit. Diss. VI. §. 4.

Israeliten, die auf ganz nationellen und temporellen Gründen beruhen [43]). Man streitet sehr darüber, ob auch die Ehe mit der Mutter Bruders Wittwe in den göttlichen Gesetzen verboten sey? Daß sie darinn namentlich nicht verboten sey, geben alle zu; allein viele sowohl Theologen [44]), als Rechtsgelehrte [45]) halten sie dennoch darum für verboten, weil bey dieser Ehe Grund des gesetzlichen Verbots und Grad der Schwägerschaft der nämliche sey. Man schließt auch von dem Verbot der Ehe mit des Vaters

43) D. Gabler hat in dem angef. Gutachten §. 12. u. 13. die Gründe des gesetzlichen Verbots aus den Sitten und der politischen Verfassung der Hebräer genau entwickelt. Man vergl. auch die hist. Abhandl. von den Ehegesetzen und den verbotenen Ehen. §. 39.

44) Gerhard de conjugio nr. 351. pag. 275. Chemnitz Locor. de coniugio. P. III. pag. 5/19. Calovius Bibl. illustr. ad Leviticor. XX: 20. et in System. Art. de coniugio. pag. 358. und andere mehr, welche Niemeier cit. Diss. V. §. 20. sqq. und *Ge. Christ.* Gebauer Diss. de matrimonio cum avunculi vidua. *Goett.* rec. 1777. §. 24. anführen.

45) *Joach. a* Beust Tr. de iure connubior. P. II. Cap. 51. pag. 196. *Jo.* Bechstad Collat. iurium connubial. P. II. Cap. 7. pag. 203. Carpzov Jurisprud. for. P. IV. Constit. 23. Def. 8. *Henr.* Brouwer de iure connubior. Lib. II. Cap. 15. nr. 7. pag. 507. sqq. *Jo. Heinr. de* Berger Oeconom. iuris Lib. I. Tit. 3. Th. 5. nr. 5. pag. 111. sq. edit. *Haubold.* Unter den neuern *Car. Christph.* Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 362. *Dan.* Nettelbladt Observation. iuris eccles. Nr. VIII. pag. 206 sq. und Joh. Fried. von Tröltsch Anmerkungen und Abhandlungen in verschiedenen Theilen der Rechtsgelahrheit. (Nördlingen 1775. 8.) 1. Th. S. 324—330.

Familie des Vaters gehörte, und also hier das Leviratsrecht nicht eintrat. Denn nach dem Leviratsrecht fiel die Wittwe des ältern ohne Erben verstorbenen Bruders an den Sohn des jüngern Bruders mit der Erbschaft, wenn desselben Vater nicht mehr lebte [39]. Bey dem frater uterinus des Vaters fiel also der von der Gefährlichkeit der Anwartschaft hergenommene gesetzliche Grund weg. Dieses abgerechnet, glaubt Niemeier [40], daß auch des Vaters Halbbruder mütterlicher Seite unter dem Verbot des Gesetzes begriffen sey. Die Strafe ist hier die nämliche, wie bey dem Verbote der Ehe mit des Bruders Frau [41]. Es hat daher auch wohl keinen Zweifel, daß das Verbot der Ehe mit des Vaters Bruders Frau auf beyde Fälle geht, des Vaters Bruder mag noch am Leben, oder todt seyn [42]. Der Grund ist der nämliche. Was Luther übersetzt hat, sie ist deine Base, heißt eigentlich im Hebräischen דֹּדָה amita, daher haben es Junius und Tremellius übersetzt: *amita tua est.* Einen besondern Grund hat aber das Verbot in der politischen Verfassung der Israeliten, und gehört daher zu den blos bürgerlichen Gesetzen der

39) S. Niemeier Diss. VI. de conjugio cum fratria div. iure prohib. §. 48 et 49. und Jo. Phil. Gabler's theol. Gutachten über die Zuläßigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe. Nürnb. u. Altdorf 1797. 8. §. 12. S. 46.

40) Diss. V. de coniugio cum patrui uxore, divino iure prohibito. §. 20.

41) Niemeier cit. Diss. VI. §. 5—8. hält die im Gesetz ausgedrückte Strafe für eine blos bürgerliche, bey welcher die Ehe selbst nicht aufgehoben wird.

42) Niemeier cit. Diss. VI. §. 4.

Israeliten, die auf ganz nationellen und temporellen Gründen beruhen [43]). Man streitet sehr darüber, ob auch die Ehe mit der Mutter Bruders Wittwe in den göttlichen Gesetzen verboten sey? Daß sie darinn namentlich nicht verboten sey, geben alle zu; allein viele sowohl Theologen [44]), als Rechtsgelehrte [45]) halten sie dennoch darum für verboten, weil bey dieser Ehe Grund des gesetzlichen Verbots und Grad der Schwägerschaft der nämliche sey. Man schließt auch von dem Verbot der Ehe mit des Vaters

43) D. Gabler hat in dem angef. Gutachten §. 12. u. 13. die Gründe des gesetzlichen Verbots aus den Sitten und der politischen Verfassung der Hebräer genau entwickelt. Man vergl. auch die hist. Abhandl. von den Ehegesetzen und den verbotenen Ehen. §. 39.

44) Gerhard de conjugio nr. 351. pag. 275. Chemnitz Locor. de coniugio. P. III. pag. 519. Calovius Bibl. illustr. ad Leviticor. XX: 20. et in System. Art. de coniugio. pag. 358. und andere mehr, welche Niemeier cit. Diss. V. §. 20. sqq. und *Ge. Christ.* Gebauer Diss. de matrimonio cum avunculi vidua. *Goett.* rec. 1777. §. 24. anführen.

45) *Joach. a* Beust Tr. de iure connubior. P. II. Cap. 51. pag. 196. *Jo.* Bechstad Collat. iurium connubial. P. II. Cap. 7. pag. 203. Carpzov Jurisprud. for. P. IV. Constit. 23. Def. 8. *Henr.* Brouwer de iure connubior. Lib. II. Cap. 15. nr. 7. pag. 507. sqq. *Jo. Heinr. de* Berger Oeconom. iuris Lib. I. Tit. 3. Th. 5. nr. 5. pag. 111. sq. edit. *Haubold.* Unter den neuern *Car. Christph.* Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 362. *Dan.* Nettelbladt Observation. iuris eccles. Nr. VIII. pag. 206 sq. und Joh. Fried. von Tröltsch Anmerkungen und Abhandlungen in verschiedenen Theilen der Rechtsgelahrheit. (Nördlingen 1775. 8.) 1. Th. S. 324—330.

und der Mutter Schwester. So wie zwischen diesen beyden Ehen kein Unterschied sey, sondern beyde wegen der gleich nahen Blutsfreundschaft auf gleiche Weise verboten sind; so könne auch zwischen der Ehe mit des Vaters Bruders Frau, und der Mutter Bruders Frau kein Unterschied gemacht werden, da sie beyde gleich nahe mit unsern Eltern verschwägert wären. Daher sey des Mutter Bruders Frau nicht weniger meine Base, als des Vaters Bruders Frau, und einer wie der andern gebühre gleiche Ehrerbietung, da eine wie die andere an Mutter Statt sey. Hierzu komme, daß das in dem hebräischen Text gebrauchte Wort *Dodah* in seiner allgemeinen Bedeutung nicht nur des Vaters Bruders- sondern auch der Mutter Bruders Wittwe ausdrücke. Daher heiße es denn auch in der lateinischen Versio vulgata *Levit.* XX, 20. Qui coierit cum uxore patrui vel *avunculi sui*, et revelaverit ignominiam cognationis suae, portabunt ambo peccatum suum: absque liberis morientur. So lehrte auch schon im fünften Jahrhundert der ehrwürdige Kirchenvater Aurelius Augustinus [46]. So erheblich aber auch diese Gründe scheinen mögen; so haben sie dennoch unserm Luther [47]) nicht einleuchten wollen. Denn uns Evangelische geht doch nur eigentlich diese Controvers an,

46) *Quaest. LIX. in Levitic.*

47) Büchl. vom ehelichen Leben. Tom. II. Oper. Jenens. fol. 165. Gerhard Loc. de coniug. nr. 277. will zwar behaupten, Luther habe nachher in seinem Buche von Ehesachen Th. 2. Oper. Jen. T. V. p. 255 sq. seine Meinung wieder geändert. Es ist dieß aber ganz unrichtig, er sagt nur daselbst, was der Landesherr zu thun befugt sey. Dieser könne wohl die Ehen bis zum 6. ja 7. Grade verbieten, wenn er es für gut finde.

weil sich die Katholiken nach dem Canonischen Rechte richten. Und gewiß bey weitem die meisten der berühmtesten Theologen [48]) und Rechtsgelehrten [49]) sind der Meinung, daß die Ehe mit der Mutter Bruders Wittwe von Mose weder ausdrücklich noch stillschweigend verboten worden sey. Es kommt hier alles darauf an, ob bey dieser nicht genannten Ehe derselbe Grund des Verbots vorhanden ist, wie bey jener, welche Moses ausdrücklich verboten hat? Daß dem nun aber nicht so sey, erhellet schon daraus, weil Moses die Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe an zwey verschiedenen Orten verbietet, während er der Mutter Bruders Wittwe mit keinem Worte

48) Niemeier Diss. cit. V. §. 24—30. und in Supplementis Dissertation. de coniugiis prohib. pag. 14. sqq. wo ein sehr gründliches Gutachten der theolog. Facultät zu Helmstädt vom J. 1699. befindlich ist. Baumgarten theologische Bedenken. Samml. I. S. 189. f. und Samml. VI. S. 260. Michaelis Abh. von den Ehegesetzen Mosis §. 103. S. 288. ff. Sabler's angef. theolog. Gutachten. S. 77. f.

49) S. *Jo.* Schilter Prax. iur. Rom. in foris German. Exerc. XXXVI. §. 39. et 40. Struv Synt. iur. civ. Tom. II. Exerc. XXIX. Th. 38. *J. H.* Boehmer Consultat. et Decision. iur. Tom. I. Cons. 161. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol V. Specim. CCXCII. med. 1. Joh. Pet. von Ludewig Hallische gelehrte Anzeigen. 1. Th. St. CLXXXII. S. 746—752. und 2. Th. St. CLIII. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. Lib. XXIII. Tit. 3. Qu. 13. *Hieron.* Brückner Decision. iuris matrimon. Cap. VI. §. 17. Engau Decision. et Resp. P. II. Resp. 14. pag. 287. Estor's kleine Schriften. 3. Th. Nr. V. Gebauer Diss. cit. de matrimon. cum avunculi vidua. §. 28—42.

gedenkt. Würde er nicht, da er die Ehe mit der Mutter Schwester verbietet, auch eben so gut die Ehe mit der Mutter Bruders Wittwe verboten haben, wenn er dieselbe zu verbieten die Absicht gehabt hätte? Ein solches Verbot aber einem bloßen Schluße aus dem Grunde des Gesetzes zu überlassen, wäre wohl bey einem Volke zu mißlich gewesen, welches viel zu ungebildet und mit den Regeln der logischen Interpretation viel zu wenig bekannt war, um ein dem Geist des Gesetzes entsprechendes Resultat von demselben erwarten zu können. Anwendung des Eheverbots auf einen übergangenen Fall ist Ausdehnung des Gesetzes. Diese setzt eine Gleichheit des gesetzlichen Grundes voraus. Wie sehr oft versündigen sich aber nicht selbst die größten Rechtsgelehrten an dem Gemeinspruche: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio [50])? Und Moses sollte die Klugheit einer solchen ausdehnenden Gesetzerklärung seinem Volke allein zugetrauet haben? Die mosaischen Eheverbote waren im Verhältniß zu den ehemahligen ungebundenen Ehen der Patriarchen unstreitig correctorische Gesetze; solche Gesetze aber sind nicht wider das unabgeändert gelassene ältere Recht zu erklären [51]). Daß nun aber Moses solches in Ansehung der Ehe mit der Mutter Bruders Wittwe nicht hat abändern wollen, lehrt schon der Wortverstand. Denn in dem Grundtext heißt es: דֹּדָתְךָ. Die hebräischen Ausdrücke דוד und דודת werden aber nie von einer mütterlichen, sondern immer nur von einer väterlichen Verwandtin gebraucht. Der Samaritanische

50) Man sehe z. B. was Thibaut in der Theorie der logischen Ausleg. des Röm. Rechts. §. 17. gegen Frantzke und Hofacker erinnert hat.

51) S. Thibaut angef. Theorie. §. 16. S. 60.

Ausleger übersetzt daher diese Ausdrücke durch amita, affinis ex patre; der in der lateinischen Vulgata vorkommende Zusatz: *vel avunculi sui* ist hingegen dem klaren Buchstaben des Grundtextes, so wie dem Grunde des Gesetzes selbst zuwider. Denn die Wittwe des Mutterbruders gehörte weder zum Hause und Geschlecht des Vaters, noch in das Leviratsrecht, mit welchem doch, wie Michaelis [52]) bemerkt, das Verbot der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe in Verbindung stand. Nach diesem Rechte fiel zwar die Wittwe, als ein Theil der Erbschaft, an ihres Mannes Bruder, und wenn dieser nicht mehr war, an den Bruders Sohn; an den Schwestersohn ihres Mannes aber konnte sie nie fallen. In Erwägung dieses besondern Grundes bleiben daher auch die Talmudisten so streng bey dem Buchstaben des Gesetzes stehen, daß sie unter dem Vaters Bruder, mit dessen Wittwe Moses die Ehe verbietet, nur den patruus paternus, nicht maternus verstehen [53]), und wenn gleich hierin die Karäer von ihnen abweichen; so war doch die Secte der Talmudisten die ältere und stärkere, mit deren Lehren nicht nur die meisten Rabbinen, sondern auch die berühmtesten jüdischen Lehrer Philo und Josephus übereinstimmten, wie Selden [54]) bemerkt hat. Es wird dieses noch mehr dadurch bestätiget, daß nach den Geschlechtsregistern der [55]) Hebräer zwar der Sohn mit seines Vaters Bruder in Stammsverwandtschaft stand, aber nicht mit sei-

52) Eheges. Mosis. §. 103. S. 289.

53) S. Seldenus Uxor. Ebraic. Lib. I. cap. 2. pag. 5. und Hottinger iur. Hebraeor. Leg. 200. pag. 294.

54) Seldenus Ux. Ebraic. Lib. I. Cap. 6. pag. 30.

55) 4 B. Mos. I. v. 18.

ner Mutter Bruder. Jener war es auch, welcher seines Bruders Sohn, wenn dieser verarmt oder verkauft worden war, wieder auslösen mußte, welche Pflicht außer ihm nur dem nächsten Blutsfreund seines Geschlechts oder Stammes aufgelegt war [56]). Auch nur ein solcher Verwandter war der Goël oder Bluträcher [57]). Alles dieses ging den Mutter Bruder nichts an, der zu einem andern Stamm und Geschlecht gehörte. Diesen Unterschied in Beziehung auf des Vatersbruders Frau und der Mutterbruders Frau bemerkt auch Brückner [58]), wenn er sagt: Differentia inter patrui et avunculi viduam in eo consistit, quod patrui mei uxor per coniugium ex aliena eandem cum patre meo familiam, avunculi vero mei uxor per coniugium familiam diversam a patris mei familia intravit, istiusque familiae nomen sortita est. Deus ergo a fratris filio patrui viduae, quae idem cum patre eius familiae nomen semel assumserat, honorem maternum exhiberi, nec permittere voluit, ut intercederet. Daß endlich für diese Meinung auch eine Menge theologischer und juridischer Gutachten sprechen, beurkunden die darüber angeführten Schriften.

Noch ist einiger Ehen zu gedenken, deren Zuläßigkeit nach dem göttlichen Recht bestritten ist. Es ist

1) die Ehe mit der Wittwe des Bruders Sohns,

56) *Leviticor.* XXV, 49.

57) S. Michaelis Mos. Recht. 2. Th. §. 131. ff.

58) Decision. iuris matrimon. Cap. 6. §. 17.

2) die Ehe mit der verstorbenen Frauen Schwester Tochter,

3) die Ehe mit des Stiefsohns nachgelassener Wittwe,

4) die Ehe mit der verstorbenen Stieftochter Mann.

Keine derselben ist in den Gesetzen Moses namentlich verboten. Allein bey der erstern entsteht der Zweifel, daß der Brudersſohn von einer Familie mit seines Vaters Bruder ist. Daß indessen hier nicht der Grund vorhanden sey, der den Israelitischen Gesetzgeber bewog, die Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe zu untersagen, hat Michaelis [59]) gezeigt. In Ansehung der zweyten Ehe schien einigen die Gleichheit des Grades mit des Vaters Bruders Wittwe ein Zweifelsgrund zu seyn [60]); allein da Gleichheit des Grades bey der Erklärung und Anwendung der mosaischen Eheverbote nicht zum Princip angenommen werden kann, wie schon oben gezeigt worden ist, so hebt sich hiermit der Zweifelsgrund, und die Ehe kann nach dem göttlichen Rechte nicht für verboten gehalten werden [61]). Die dritte und vierte Ehe ist zwar nach dem

59) Von den Ehegesetzen Mosis. §. 103. S. 290.

60) Z. B. den ehemaligen Jenaischen Theologen in dem Responsum bey Richter Consil. Vol. I. P. II. Cons. 38. Nr. 7. und Vol. II. Consil. XV. nr. 14.

61) S. Niemeier Diss. VII. de coniugio cum uxoris sorore, divino iure prohibito §. 68. et in Supplement. Dissertation. de coniugio prohibit. pag. 72. und Joh. Pet. von Ludewig Hallische gelehrte Anzeigen. 3. Th. St. CII. S. 640—642.

römischen Recht verboten, wie schon oben vorgekommen ist; allein viele[62]) wollen sie auch nach dem göttlichen Rechte für verboten halten, und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, weil keine Ehe zwischen Stiefkindern und Stiefeltern bestehen könne. Nun aber sey des Stiefsohns Ehefrau in Ansehung des Stiefvaters nicht minder für dessen Stiefkind zu achten, als ihr Mann selbst, welches ebenfalls von dem Ehemann einer Stieftochter gelte, als welcher in Ansehung der Stiefmutter auf gleiche Weise für deren Stiefsohn zu halten sey. Es dürfe daran um deswillen nicht gezweifelt werden, weil nach der Schrift Mann und Weib ein Fleisch und ein Leib seyen, und daher des Weibes Schaam zugleich des Mannes Schaam, und umgekehrt des Mannes Schaam zugleich des Weibes Schaam sey. So viel Schein jedoch diese Gründe haben mögen, so verlieren sie dennoch alles Gewicht, wenn man erwägt, daß die mosaischen Eheverbote überall eine wahre und ächte Verwandtschaft voraussetzen. Eine solche aber ist nun zwischen einem Stiefvater und seines Stiefsohns nachgelassenen Wittwe, so wie zwischen der Stiefmutter und dem Mann ihrer Stieftochter nicht anzutreffen. Diese Personen sind mit einander weder verwandt noch verschwägert. Selbst das Römische Recht, welches diese Ehen verbietet, setzt den Grund weder in einer Verwandtschaft noch Schwägerschaft, sondern in der Unschicklichkeit. Diese iustitia publicae honestatis, wie sie in dem ca-

62) *Io.* Schilter Praxis iur. Rom. in foro germ. Exerc. XXXVI. §. 42. *Bened.* Carpzov Iurisprud. ecclesiast. Lib. II. Definit. 191. *Mich.* Havemann Gamolog. synopt. Lib. II. Tit. 6. Probl. 2. p. 467. sqq. *Jo.* Bechstad Collat. iur. connubial. P. II. Cap. 6. p. 183. sqq.

nonischen Rechte genennt wird, hat aber keinen Grund in den Gesetzen Mosis, sondern leitet ihren Ursprung aus dem römischen und canonischen Rechte her [63]). Das canonische Recht nahm zwar ehemals mehrere Arten der Schwägerschaft an, von denen oben gehandelt worden ist, und nach dieser Lehre wäre denn freylich zwischen den genannten Personen eine Schwägerschaft der andern Gattung vorhanden. Allein diese kann hier in keine Betrachtung kommen, da das mosaische Recht davon nichts weiß, und selbst das neuere canonische Recht in der zweyten und dritten Art der Schwägerschaft keine Eheverbote weiter Statt finden lassen will [64]). Es ist demnach ein offenbarer Irrwahn, wenn man hier ein Verhältniß, zwischen Stiefeltern und und Stiefkindern, oder zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern, anzutreffen gemeint hat. Die mosaischen Gesetze sprechen überall von leiblichen Kindern, wenn sie die Ehe mit deren Gatten verbieten, und es kann daher unter dem Verbot der Ehe mit des leiblichen Sohnes Weibe, eben so wenig das Verbot der Ehe mit dem Weibe des Stiefsohns begriffen, als unter dem Verbot der Ehe mit der Stieftochter das Verbot der Ehe mit der Stieftochtochter Mann verstanden werden. Alles beruht auf einem Mißverstande der oben ausführlich erklärten Stelle 3. B. Mos. XVIII, 6. Die berühmtesten Theologen [65]) und Rechtsgelehrten [66]) stimmen daher jetzt darinn überein,

63) S. Niemeier Diss. IV. de coniugiis cum socru et nuru div. iure prohibit. §. 43. et 44.

64) *Cap. 8. X. de consang. et affinib.*

65) S. Niemeier cit. Diss. IV. §. 42. und Spener's theologische Bedenken. 2. Th. Kap. IV. Sect. 8.

66) *J. H.* Boehmer iur. eccl. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 14. §. 34. und besonders Phil. Jac. Heisler's

daß die zuletzt gedachten beyden Ehen in dem mosaischen Rechte nicht verboten sind.

§. 1218. c.

Dispensationsrecht.

Es kommt zuletzt noch auf die Frage an, ob gegen die mosaischen Eheverbote eine Dispensation des menschlichen Gesetzgebers zuläßig sey? Wäre diese Frage aus dem canonischen Rechte zu entscheiden, so müßte sie verneint werden. Der Pabst Innocenz III. sagt *Cap.* 13. X. *de restitut. spoliator.* ausdrücklich: In gradibus consanguinitatis divina lege prohibitis dispensari non potest. Allein das päbstliche Recht kann hier nicht zur Entscheidung dienen, da es hier auf die Vorfrage ankommt, ob und in wiefern die mosaischen Eheverbote für die Christen überhaupt noch verbindlich sind? Dieß ist es nun aber, worin Theologen und Juristen, Katholiken und Protestanten bis jetzt noch nicht einverstanden sind. Viele[67]) wollen diese Eheverbote durchaus für bloße Natur-

Abh. von der ehelichen Verbindung mit des Stiefsohns nachgelassener Wittwe, wie auch mit der verstorbenen Stieftochter Mann. Halle 1774. 4. (in Desselben rechtlichen Abhandlungen).

67) Gerhard Locc. Theolog. L. de coniugio num. 290. (Tom. XV. pag. 280. sqq. edit. *Cotta*) Chemnitz Locc. Theol. P. III. da coniugio p. 206. sqq. Tarnovius de conjugio Lib. I. cap. 52. Havemann Gamolog. synopt. Lib. II. Tit. 5. Posit. 6. not. 1. Carpzov Iurisprud. Eccles. Lib. II. Tit. 7. Def. 109. n. 10. *Joach. a* Beust Tr. de iure connubior. Cap. LVI. *Paul.* Hulsius Histor. sacra turpitudinis incestae, und mehrere andere, welche Niemeier in Diss. de dispensatione

Gesetze halten, welche mithin noch jetzt für die Christen dieselbe Verbindlichkeit, wie ehemals für die Israeliten, hätten, und daher keine Dispensation erlaubten.' Sed naturalia quidem iura, divina quadam providentia constituta, sagt schon Justinian (*Instit.* I. 2, §. 11.), semper firma et immutabilia permanent. Dieß war ehemals die gemeine Meinung der ältern Theologen und Juristen. Dagegen haben nun zwar andere[68]) mit Recht eingewendet, daß nicht alle Mosaische Eheverbote für natürliche Sittengesetze zu halten seyen; allein sie hätten dennoch als leges divinae positivae universales, welche nach der Absicht Gottes die ganze Menschheit verbinden sollten, auch noch jetzt für die Christen eine unabänderliche Verbindlichkeit. Aus der Bestrafung der heidnischen Völker, und der Verwarnung der Israeliten vor ihrem Beyspiele soll unwidersprechlich hervorgehen, daß schon ein älteres göttliches Gesetz wider die blutschänderischen Ehen vorhanden gewesen seyn müsse, ohnerachtet es Moses nicht an seinem Orte angeführt habe. Noch andere[69])

in coniugiis prohibitis (inter Dissertation. de conjug. prohib. iunctim edit. Diss. IX.) §. 16 — 22. angeführt hat.

68) *Hug.* Grotius de iure belli et pacis. Lib. II. Cap. 5. §. 13. und besonders Sim. Ludw. Eberh. de Marees Untersuchung der Verbindlichkeit der göttlichen Gesetze von der Vermeidung blutschänderischer Heyrathen. Dessau 1771. 8. 2. Abh. §. 16. ff. S. 186. Es ist diese Schrift vorzüglich gegen Baumgarten und Michaelis gerichtet, und ich wundere mich, daß in den neuern über Dispensation in den verbotenen Ehefällen erschienenen Bedenken und Gutachten darauf keine Rücksicht genommen worden ist.

69) *J. H.* Boehmer Iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 14. §. 51 — 54. *Ge. Henr.* Ayrer Comment. de

läugnen zwar das Daseyn allgemeiner positiver göttlicher Gesetze, behaupten aber dennoch, daß die mosaischen Ehegesetze, wenn sie auch ursprünglich blos dem jüdischen Volke gegeben worden, auch für die Christen aus dem Grunde eine verbindliche Kraft hätten, weil das Christenthum nichts anders, als ein verbessertes Judenthum sey. Zwar hätten die jüdischen Ceremonialgesetze, als Vorbild des künftigen Messias, durch Christi Erscheinung aufgehört; aber von den Ehegesetzen Mosis könne dieses keinesweges behauptet werden, weil diese einen innern moralischen Grund für sich hätten. Denn sie wären weder auf eine Kirchen- noch auf eine Regiments- und Familien-Verfassung der Juden gestellt, sondern blos auf die Nähe der Verwandtschaft unter den benannten Personen nicht nur überhaupt gegründet, sondern es sey auch dieser Grund bey den einzelnen Verboten öfters wiederholt worden. Sie sollten daher nach der Absicht des göttlichen Gesetzgebers von immerwährender Verbindlichkeit seyn. Denn die Uebertretung derselben werde für Sünde, Laster und Greuel erklärt. Alle drey Meinungen stimmen also darin überein, daß die Mosaischen Eheverbote, man betrachte sie nun

iure dispensandi circa connubia iure divino non diserte probib. Sect. III. §. 10. et Sect. IV. §. 9. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 398. und besonders Desselben Rechtsfälle 2. B. 1. Abth. Nr. 98. *Car. Christph.* Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 10. et §. 368. Ammon über das moralische Fundament der Eheverbote. Göttingen 1798. Schmalz Handbuch des Canonischen Rechts §. 304. Ad. Diet. Weber's Erläuterung der Pandecten. 2. Th. §. 1215. S. 140. Thibaut Syst. des Pandectenrechts. 1. Bd. §. 410.

entweder als bloße Naturgesetze, oder als allgemeine positive göttliche Gesetze, oder als göttliche Sittengesetze, noch jetzt für die Christen eine verbindliche Kraft hätten, welche durch keine Dispensation aufgehoben werden könne. Man führt zur Begründung dieser Meinung besonders Folgendes an.

1) Die Mosaischen Gesetze wären im neuen Testament nicht aufgehoben worden. Christus selbst sage ausdrücklich bey Matthäus V, 17—19. „Er sey nicht gekommen, das Gesetz oder die Propheten aufzulösen, sondern zu erfüllen. Kein Titel vom Gesetz, ja nicht der geringste Buchstabe davon werde seine Kraft und Gültigkeit verlieren, bis am Ende der Welt alles erfüllt seyn werde. Sogar soll derjenige, welcher eins von diesen Geboten, sey es auch das geringste, auflösen wird, der Kleinste heißen im Himmelreiche." Dieser Aeusserung gemäß, habe denn auch Christus überall die größte Hochachtung gegen das Gesetz und die Propheten zu erkennen gegeben; bey aller Gelegenheit habe er auf das Gesetz, auf Mosen, und die Propheten verwiesen, nicht nur wenn von Glaubenslehren, sondern auch wenn von Lebenspflichten die Rede war, und die Beobachtung der Gebote eingeschärft [70]. Auch alle seine Apostel hätten auf gleiche Weise die Christen zur Haltung der Gebote Gottes ermahnt, und sie namentlich aus Mose angeführt [71]. Ja der Apostel Paulus sage ausdrücklich, daß durch den

70) Matth. VII, 12. XXII, 40. Luc. XVI, 29—31. XXIV, 25—27. 44—47. Joh. V, 39. Matth. XIX, 16—19.

71) Jacob. II, 8—12. 1 Corinth. IX, 7—10. 1 Tim. V, 17. 18.

Glauben das Gesetz nicht aufgehoben, sondern vielmehr das Gesetz durch die Lehre des Glaubens oder des Evangeliums befestiget werde [72]). Denn alles, was zuvor geschrieben ist, sey auch uns zur Lehre geschrieben [73]).

2) Die mosaischen Eheverbote seyen im neuen Testamente bey vorkommenden Fällen selbst bestätiget worden. Dieß sey geschehen,

a) als Herodes seines Bruders Weib zur Ehe genommen, welche Heyrath Johannes, der Täufer, für unerlaubt und gesetzwidrig erklärt habe [74]). Offenbar habe hier Johannes auf das Verbot 3 B. Mos. XVIII, 16. gezielt.

b) Als Jemand aus der Corinthischen Gemeinde seines Vaters Weib, d. i. seine Stiefmutter, nach des Vaters Tode geheyrathet hatte, von welcher Ehe Paulus [75]) sage, es sey eine Hurerey, davon auch die Heiden nichts zu sagen wissen, und es den Corinthern zum Vorwurf mache, daß sie einen solchen Blutschänder nicht aus ihrer Gemeinde gestossen hätten. Dieses gehe auf das Verbot 3 B. Mos. XVIII, 11. Da solches den Christen zu Corinth aus der H. Schrift habe bekannt seyn müssen, so sollte eine solche Sünde von einem Christen viel weniger, als von einem Heiden gehört werden; dieß sey der Sinn der unterstrichenen Worte [76]). Nun

72) Röm. III, 31.

73) Römer XV, 4.

74) Marc. VI, 17. 18.

75) 1 Corinth. V, 1. S. oben S. 236. Not. 19.

76) S. De Marees angef. Untersuchung der Verbindlichkeit der göttl. Ges. 2. Abh. §. 22. S. 278. ff.

drohe zwar Moses die Todesstrafe; allein es sey zu bedenken, daß Paulus seinen Brief nicht an Obrigkeiten, sondern an eine Gemeinde von Privatpersonen, an die corinthischen Christen, geschrieben, welche, als Kirchengesellschaft, kein Recht über Leben und Tod, sondern nur das Recht hatte, was einer jeden Gesellschaft zukommt, unwürdige Glieder auszuschließen. Endlich

3) wären auch die Ehegesetze Mosis, als göttliche und die Christen verbindende Gesetze, nicht nur von dem ersten Anfange des Christenthums an, und unter dessen Fortgange beständig geachtet und angenommen [77]; sondern auch bey der Reformation in der evangelischen Kirche sowohl von den Gesetzgebern selbst in den öffentlichen Kirchenordnungen, als auch in den Gerichten dafür anerkannt worden [78].

77) Man beruft sich hier auf verschiedene Stellen Tertullians, besonders de Pudicitia, wo er unter andern sagt: Nam et si cum maxime a lege coepimus demonstrando moechiam, merito ab eo statu legis, quem Christus non dissolvit, sed implevit. Onera enim legis usque ad Iohannem, non remedia: operum iuga rejecta sunt, non disciplinarum. *Libertas in Christo non fecit innocentiae iniuriam. Manet lex tota pietatis, sanctitatis, castitatis, iustitiae, misericordiae, benevolentiae, pudicitiae, in qua lege beatus vir, qui meditabitur die ac nocte.* Mehrere Zeugnisse aus dem Irenaeus, Clemens Alexand. und Origenes führt Schmid in s. kritischen Untersuchung über die Offenbarung Johannis S. 229—231. an.

78) Boehmer iur. ecclesiast. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 14. §. 52—54. *Mich. Henr.* Reinharth Diss. posterior de statu causarum matrimonial. tempore reformationis. §. 10—12,

Von dem allen aber gerade das Gegentheil behaupten indessen viele der angesehensten Theologen und Rechtsgelehrten älterer und neuer Zeiten [79]), welche den Satz aufstellen, daß die Mosaischen Ehegesetze, insofern sie Mosaisch sind, für Christen keine Verbindlichkeit mehr haben, weil sie, als positive göttliche Gesetze, nur dem jüdischen Volke bekannt gemacht worden wären, und nach der eigenen Angabe Mosis sich blos auf die Israeliten bezögen, auch deren ursprüngliche Bestimmung für dieses Volk allein aus einer Menge blos localer Beziehungen und nationeller Gründe deutlich erhelle. Zwar sey nicht zu läugnen, daß auch Natur- und Sitten-Gesetze in den mosaischen Ehegesetzen enthalten wären; allein auch diese hätten, als mosaische Gesetze, keine Verbindlichkeit mehr für die Christen, sondern verpflichteten sie blos als Vernunftgesetze, und würden sie also verpflichten, wenn Moses sie auch nicht gegeben hätte. Daß überhaupt das Judenthum durch das Christenthum aufgehoben worden sey [80]),

79) Niemeier Diss. IX. de dispensatione in coniugiis prohibitis. §. 71. sqq. Thomasius vollständige Erläuterung des Kirchenrechts Kap. X. §. 4. Hommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. I. Obs. 93. Baumgarten theolog. Gutachten 1. Samml. St. 2. S. 81. ff. Michaelis von den Ehegesetzen Mosis. §. 21. und §. 22. Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts. §. 245. Schott Eherecht. §. 133. Klein's merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. Bd. Nr. X. S. 82—88. 2. Bd. Nr. XV. S. 170—174. D. Gabler's theologisches Gutachten über die Zulässigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe. Nürnberg u. Altd. 1797. und Günth. Heinr. von Berg jurist. Beobacht. u. Rechtsfälle. 1. Th. Nr. XI. S. 218—222.

80) S. Klemm Diss. de Judaismo Christianismo sublato.

erhelle nicht nur aus den Aeusserungen Jesu, der sich als den Stifter eines neuen Bundes darstellte [81]), sondern auch aus den Lehren und Aussprüchen seiner Apostel [82]), besonders aber des Apostels Paulus, der in so vielen Stellen seiner Briefe [83]), am deutlichsten in dem Briefe an die Galater [84]) geradezu behaupte, daß uns Christus von dem knechtischen Joche des Mosaischen Gesetzes befreiet habe. Unter dem Ausdruck: Gesetz aber werde nach dem Sprachgebrauch des neuen Testaments nicht blos das jüdische Ceremonial-Gesetz verstanden, sondern die ganze mosaische Gesetzgebung und Oeconomie begriffen [85]). Die heutige Gültigkeit der mosaischen Ehegesetze unter den Christen beruhe also blos auf einer freywilligen Reception, weil man sie als Gesetze betrachtete, die aus der Quelle der höchsten Weisheit geflossen wären, und auch mit dem Christenthum bestehen könnten. Daß uns die Gesetze Mosis nicht propter auctoritatem Mosis verpflichten, behaupteten auch selbst bey der Reformation Luther, Melanchton und Brenz, wie aus ihren theologischen Bedenken bey Brückner [86]) erhelle. *Neque nos obligari legi Mosis propter auctoritatem Mosis, sed ideo, quod quaedam praecepit naturae consenta-*

81) Matth. XXVI, 28. Luc. VI, 5.

82) Apostelgesch. XV, 10. Hebr. VII, 12. VIII. 13.

83) Koloss. II, 14. 20. Ephes. II, 14. 15. Römer VI, 15. VII, 4—6.

84) Galat. III, 23—23. IV, 3. 4. 5. 9. V, 1. ff.

85) Flacii Clavis script. sacrae. P. I. p. 1612. und Klemm Diss. at. pag. 14.

86) Decision. iuris matrim. Cap. V. in adpend. ad illud. pag. 222—227.

nea, sicut et alias leges civiles approbamus. Nec magis hanc legem Mosis ad nos pertinere, quam pertinuit ad eos, qui ante legem fuerunt; seyen die merkwürdigen Worte Melanchtons[87]). Eine deutliche Bestätigung dieser Ehegesetze im neuen Testament sey unerweislich. Keine der daraus angeführten Stellen gehöre hierher. Das Beyspiel vom Herodes beweise nichts. Denn theils sey Herodes ein Jude gewesen, theils habe er auch die Herodias nicht erst nach dem Tode seines Bruders zur Gemahlin genommen, sondern er habe mit ihr im wirklichen Ehebruche gelebt. Eben so wenig beweise das andere Beyspiel von dem corinthischen Blutschänder. Denn vergleiche man mit 1 Corinth. V, 1. die Stelle 2 Cor. VII, 12., so gehe daraus mit vieler Wahrscheinlichkeit hervor, daß dieser Blutschänder noch beym Leben seines Vaters mit seiner Stiefmutter einen ehebrecherischen Umgang gehabt habe[88]). Aus allem gehe also hervor,

87) Bey Brückner c. l. pag. 225.

88) S. Gabler's angef. Gutachten §. 4. Not. 1. S. 16. f. Das αδικηθεις 2 Cor. VII, 12. scheint ihm auf den Vater des Blutschänders zu gehen. Dieß sey darum wahrscheinlicher, weil Paulus die That als etwas, selbst unter Heiden Unerhörtes, schildere, da doch die Ehe mit der Stiefmutter unter diesen nicht so unerhört gewesen sey. Allein man sehe, was über die Bedeutung des Worts ἔχειν oben S. 236. Not. 19. bemerkt, und noch über die That selbst im Text angeführt worden ist. Wahrscheinlicher bleibt es daher, daß der Sohn nach dem Tode seines Vaters die Stiefmutter geheyrathet hatte. Tertullian. *de Pudicitia* nennt daher diesen Blutschänder impium patris de matrimonio heredem, und Gajus, ein heidnischer Rechtsgelehrter, zählt in seinen zu Verona aufgefundenen

daß auch bey den Mosaischen Ehegesetzen das Dispensationsrecht des weltlichen Regenten nicht ausgeschlossen sey. Es sey nur aber freylich bey Ausübung desselben der Unterschied zu berücksichtigen, daß einige von diesen Gesetzen schon natürliche Sittengesetze sind, andere hingegen blos bürgerliche Gesetze, die in der bürgerlichen Verfassung der Juden ihren Grund hatten. Denn nur gegen die letzteren, keineswegs aber gegen die ersteren könne dem Landesherrn ein Dispensationsrecht zugestanden werden. Moses selbst mache uns in seinem Ehecodex auf diesen Unterschied aufmerksam durch die Verschiedenheit der Strafen, indem er auf einige verbotene Ehen die Todesstrafe[89]), auf andere hingegen blos bürgerliche Strafen setze[90]). Von den Ver-

ächten Institutionen Lib. I. §. 63. und §. 64. unter die nefarias atque incestas nuptias, si eam, quae nobis *quondam* (also erst nach des Vaters Tode) noverca fuit, uxorem ducimus.

89) 3. B. Mos. XX. 11. 12. 14. 17.

90) 3. B. Mos. XX. 19. 20. 21. S. Michaelis von den Eheges. Mos. §. 32. Niemeier cit. Diss. IX. §. 69. Einige wollen zwar die in diesen Stellen gedroheten Strafen: sie sollen ihre Missethat tragen, ohne Kinder sollen sie sterben, so verstehen, als ob sie auch auf die Todesstrafe hingedeutet hätten. Z. B. Calovius Bibl. illustr. ad Levit. locos cit. Allein die Unrichtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich daraus, weil bey gedroheten Todesstrafen ausdrücklich gesagt wird; sie sollen beyde des Todes sterben; ihr Blut sey auf ihnen. S. de Marées angef. Untersuchung. S. 294. und Gabler's Gutachten. S. 36. f. In der That wäre auch der Beysatz ohne Kinder sterben, höchst überflüßig, wenn das Sterben von einer Todesstrafe zu verstehen wäre, weil sich dieses

boten der ersten Classe spreche er sein Volk in keinem Falle los, bey denen der andern Classe aber hätten Dispensationen des Gesetzgebers Statt gefunden, wie z. B. bey der Ehe mit des Bruders Wittwe. Die Ursache, um welcher willen Gott diese Ehe gestattet habe, sey aber nicht von so großer Wichtigkeit, daß man behaupten könnte, jetzt fände sich dergleichen nicht bey den Ehen, wegen welcher Dispensation gesucht wird. Die Ursachen einer solchen Dispensation könnten viel wichtiger seyn.

Aller dieser Gründe ungeachtet hat sich dennoch von Zeit der Reformation an die Indispensabilität der Mosaischen Eheverbote, als herrschender Grundsatz, in der Praxis der protestantischen Kirche erhalten [91]. In der katholischen Kirche hingegen ist durch das Tridentinische Concilium *Sess. XXIV. Can. 3. de Sacram. matri-*

bey einer Todesstrafe, welche beyde Missethäter trifft, schon von selbst versteht. Man hat vielmehr eben aus der Art dieser Strafe gefolgert, daß die Fortdauer der Ehe mit derselben habe bestehen können, selbst alsdann, wenn man auch die Strafe, sie sollen ohne Kinder sterben, nicht von einer Kinderlosigkeit im physischen oder moralischen Verstande, sondern von einer Verbannung aus dem Lande erklären wollte. S. Gabler S. 40. ff. besonders Not. 5. Daß die Ehen, auf welche Moses nicht die Todesstrafe gesetzt hat, nicht seyen getrennt worden, hat auch Michaelis von den Ehegesetzen Moses §. 129. f. zu zeigen sich bemüht. Man sehe jedoch, was de Marees in der angeführten Untersuchung der Verbindlichkeit der göttlichen Gesetze. S. 387. ff. dagegen erinnert hat.

91) S. Schott's Einleitung in das Eherecht §. 133. und Schlegels Darstellung der verbotenen Grade V. Abschn. S. 452. ff.

monii das Anathema darauf gesetzt, wenn Jemand läugnen würde, daß die Kirche von den Mosaischen Eheverboten dispensiren könne[92]).

Es fragt sich jedoch, wem das Recht in Ehesachen zu dispensiren zusteht? Ist von Ehehindernissen überhaupt die Rede, so ist zwischen weltlichen und kirchlichen ein Unterschied zu machen. Bey den Ehehindernissen der erstern Art, welche durch weltliche Staatsgesetze bestimmt worden sind, steht dem weltlichen Regenten, bey denen der letztern Art aber, welche durch die Kirchengesetze sind festgesetzt worden, der kirchlichen Obrigkeit das Recht zu dispensiren zu; und zwar ist hier wieder ein Unterschied zwischen der katholischen und evangelischen Kirche zu machen. I. In der katholischen Kirche findet folgendes Dispensationssystem statt. 1) Bey den vernichtenden Ehehindernissen eignet sich der Pabst allein das Recht zu dispensiren, als ein Reservatrecht, zu. 2) Die Bischöfe hingegen können in ihren Diöcesen zwar von allen blos aufschiebenden und verbietenden Ehehindernissen dispensiren, wegen vernichtender aber nur in folgenden Fällen, nämlich a) wenn es die höchste Noth erfordert, b) wenn das Impediment erst nach geschlossener Ehe entdeckt, und nicht öffentlich bekannt

92) Si quis dixerit, eos tantum consanguinitatis et affinitatis gradus, qui Levitico exprimuntur, posse impedire matrimonium contrahendum et dirimere contractum; nec posse Ecclesiam in nonnullis illorum dispensare, aut constituere, ut plures impediant et dirimant; anathema sit. S. Sanchez de matrimonio. Lib. VIII. Disp. 6. und Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 173. führt den Grund an, weil die Mosaischen Gesetze mit dem Untergange des jüdischen Staats erloschen wären.

geworden ist. Ausserdem müssen sie durch besondere päbstliche Indulte, die man Quinquennal-Facultäten nennt, die Befugniß, in bestimmten Ehehindernissen der Verwandtschaft und Schwägerschaft zu dispensiren, auswirken [93]. Mit Recht ehaupten jedoch die neuern katholischen Rechtsgelehrten, daß den Bischöfen das Recht auch bey vernichtenden Ehehindernissen zu dispensiren, so wie sie solches auch ursprünglich ausgeübt haben, nicht versagt werden könne, ohne deshalb einen päbstlichen Indult auswirken zu dürfen [94]. Das Tridentinische Concilium hat über das Dispensationsrecht nichts bestimmt, es eignet solches weder dem Pabste zu, noch spricht es dasselbe den Bischöfen ab. Es sagt nur [95]: *In contrahendis matrimoniis vel nulla omnino detur dispensatio, vel raro. — In secundo gradu nunquam dispensetur, nisi inter magnos Prin-*

93) S. *van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIV. Cap. 1. §. 13. sq. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Qu. 2. pag. 144. sqq. Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 180. et 181. Schenkl Institut. iuris eccles. Germ. P. II. §. 624.

94) S. *Nic. Ignat.* Kalés Diss. de potestate Episcoporum primigenia et solida suas regendi dioeceses. *Wirceb.* 1760. in *Ant.* Schmidt Thes. iur. eccles. T. II. Nr. XV. pag. 586. sqq. Christ. Reinfeld (der verst. geistl. Rath Schott in Bamberg) Bemerkungen über das Resultat des Embser Congresses. S. 29. ff. Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 519. Gründliche Entwickelung der Dispens- und Nunciatur-Streitigkeiten. Th. I. §. 13. ff. *G. L.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 399. Gambsjaeger Ius eccles. Tom. II. §. 224.

95) *Concil. Trid. Sess. XXIV. Cap. 5. de reformat. matrim.*

cipes, et ob publicam causam. II. Bey den Protestanten steht das Dispensationsrecht dem evangelischen Landesherrn zu, soweit es nicht etwa den Consistorien überlassen ist [96]. Sind die Partheyen verschiedener Religion, so muß jeder Theil besondere Dispensation bey seiner kirchlichen Obrigkeit suchen [97]. Ob der evangelische Landesherr in Ehehinderniß-Fällen seiner katholischen Unterthanen gültig dispensiren könne? ist sehr streitig. Die meisten katholischen Rechtsgelehrten [98] läugnen dieses, weil es den Grundsätzen ihrer Religion und ihres Kirchenrechts zuwider sey. Denn die Ehe sey nach den Grundsätzen ihres Glaubens ein Sacrament. In solchen rein geistlichen Sachen könnten sie keine andere gesetzgebende Gewalt anerkennen, als die bischöfliche, und keinen andern Obern, als den ihrer Kirche. Man würde in ihre Religionsbegriffe eingreifen, und ihrem Gewissen Gewalt anthun, wenn sie genöthigt werden sollten, die Dispensation bey dem evangelischen Landesherrn zu suchen, und dieß wolle

96) Boehmer c. l. Schott Eherecht. §. 134.

97) Schott a. a. O. Not. ***.

98) *Franc. Ant.* Dürr Diss. de domino territoriali protestantico suis subditis catholicis in impedimentis matrimonii iure eccles. dirimentibus nulliter dispensante. *Mogunt.* 1769. (in Schmidt *Thes.* Tom. VI. Nr. XVII. pag. 638. sqq.) *Phil.* Hedderich Diss. iur. eccles. publici de potestate domini territorialis protestantici subditos catholicos in impedimentis matrimonium iure ecclesiastico dirimentibus dispensandi; (in Eius *Dissertation. iur. eccles. Germ.* Volum I. *Bonnae* 1783. 4. Nr. VII. pag. 14[illegible] — 153.) Schenkl Institut. iuris eccles. Germ. P. II. §. 624. Gambsjaeger ius eccles. §. 224. ad II.

selbst der Westph. Friede nicht [99]. Andere hingegen, selbst Katholiken [100]) behaupten, daß katholische Unterthanen von ihrem protestantischen Landesherrn um so gewisser gültig dispensirt werden könnten, weil sie dort kein Sacrament der Ehe empfangen, sondern nur einen bürgerlichen Eheverein schliessen, überdem der Eheverein an sich immer eine weltliche, folglich der Dispensation des Landesherrn unterworfene Sache bliebe. Dispensation sey Befreyung von der Beobachtung eines Gesetzes, ob diese in einer Ehesache vom Pabst oder dem Bischof, oder dem Landesherrn ertheilt warde, sey gleichviel, genug, wenn überhaupt eine Dispensation zulässig sey. Es werde also dadurch nichts zugemuthet, was gegen die Gewissensfreiheit und das Glaubensbekenntniß katholischer Christen streite. Eben so streitig ist es, ob ein katholischer Landesherr in Ehesachen seiner protestantischen Unterthanen zu dispensiren befugt sey? Mehrere Rechtsgelehrten [1]) läugnen dieses aus

99) *I. P. O. Art. V.* §. 48.

100) S. Ant. Michl Kirchenrecht der Katholiken und Protest. §. 81. S. 365. Unter den Evangelischen sind zu bemerken Joh. Fried. Eisenhart: In wiefern ein evangelischer Landesherr seinen katholischen Unterthanen in Ehesachen Dispensation ertheilen könne? (in Desselben Erzählungen von besondern Rechtshändeln 1. Th. Nr. XIX.) und Joh. Jak. Moser von der Landeshoheit im Geistlichen. Frankf. und Leipz. 1773. 4. S. 889. ff.

1) S. Ge. Ernst Lud. Preuschen Abh., daß ein katholischer Landesherr in Ehe- und andern Kirchensachen seiner evangelischen Unterthanen zu erkennen nicht befugt sey? Giessen 1753. Struben rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 183.

dem Grunde, weil Dispensationen in Ehesachen zur geistlichen Gerichtsbarkeit gehörten, diese aber als ein bischöfliches Recht, keinem katholischen Landesherrn als solchen, zukomme, das bischöfliche Diöcesanrecht hingegen und die geistliche Gerichtsbarkeit der Bischöfe über die evangelischen Glaubensgenossen der Diöces durch den Westphälischen Frieden [2]) aufgehoben sey. Andere [3]) wollen dagegen dem katholischen Landesherrn das Dispensationsrecht in Ehesachen ihrer protestantischen Unterthanen um so mehr einräumen, als die Ehe bey den Protestanten kein Sacrament sey, und also nicht einmal den Schein einer geistlichen Sache habe. Das Beste ist zwar, jedem nach seinen Religionsgrundsätzen zu beurtheilen, indessen ist auch soviel gewiß, daß in Absicht auf die bürgerlichen Wirkungen der Ehe im Staate das Dispensationsrecht nur dem Landesherrn zustehen kann.

In Ansehung der Wirkung einer erfolgten Dispensation ist ein Unterschied zwischen dem katholischen und evangelischen Kirchenrechte. Ist nämlich wegen eines vernichtenden Hindernisses Dispensation erfolgt, so muß bey den Katholiken die Ehe aufs neue, und zwar wenn das Hinderniß bekannt geworden, mit aller Feyerlichkeit vor dem Pfarrer und im Angesicht der Kirche geschlossen werden, weil sie von Anfang an nichtig war [4]); bey den Protestanten ist dieses hingegen nicht nöthig, sondern die einmal

2) Instr. Pac. Osnabr. Art. V. §. 48.

3) Michl a. a. O. Boehmer Princ. iur. canon. §. 399.

4) S. Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 185. Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 521. Not. besonders van Espen ius. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. 14. Cap. 5. §. 9. sqq.

geschehene Trauung convalescirt durch die nachher erfolgte Dispensation rückwärts [5]).

§. 1219.

Kirchliches Aufgebot, und dessen Wirkung.

Um zu erfahren, ob der Schliessung einer Ehe Hindernisse entgegenstehen, ist die öffentliche Bekanntmachung derselben in der Kirche vor versammelter Gemeinde eingeführt, und zur gesetzlichen Nothwendigkeit gemacht. Diese öffentliche Bekanntmachung wird das Aufgebot, die Proclamation genennt, und ist als eine Art der Edictalcitation anzusehen, wodurch ein Jeder, welcher einen Einspruch thun zu können glaubt, oder sonst ein Hinderniß anzugeben weiß, aufgefordert wird, solches in Zeiten und gehörigen Orts anzubringen [6]). Daher nannte man auch solche öffentliche Abkündigungen in der Kirche *banna matrimonialia* d. i. edicta publica, quibus matrimonium proclamatur, ein Ausdruck, der zuerst in der Gallikanischen Kirche vorkommt [7]). Die Einrichtung selbst ist nicht gar alt. Noch zu Anfang des zwölften Jahrhunderts findet sich keine Spur davon. Denn in Gratians Decret ist davon ein tiefes Stillschweigen. Zwar wird es den Bischöfen zur Pflicht gemacht, solche Ehen zu trennen,

5) *G. L.* Boehmer Princ. iur. canon. §. 400.

6) S. *van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XII. Cap. 3. und Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. III.

7) *Cap. 27. X. de sponsalib. Cap. 6. X. Qui matrimon. accusare poss.* S. Boehmer ad Cap. 27. X. de sponsalib. Tom. II. Corp. iur. canon. pag. 635. und Vicat Vocabular. iur. utriusq. voc. *Banna.*

welche wegen eines ihnen entgegenstehenden Hindernisses nicht bestehen könnten, wenn ihnen bey Gelegenheit ihrer Kirchen-Visitationen dergleichen Hindernisse von glaubwürdigen und unverdächtigen Personen wären angezeigt worden [8]. Es sollten auch nach den Kapitularien Karls des Großen [9]) die Ehen vor ihrer Vollziehung dem Pfarrer in jeder Parochie angezeigt, und von diesem mit der Gemeinde untersucht werden, ob denselben etwa Hindernisse entgegen stünden. Allein von einem öffentlichen Aufgebote der sich Heyrathenden findet sich darin nichts. In Frankreich finden sich die ersten Spuren davon. Der Weg dazu war durch die Kapitularien gebahnt. Mußte die Ehe bey dem Priester angezeigt werden, so war es ja wohl der leichteste Weg, mögliche Ehehindernisse zu erfahren, wenn der Priester die bey ihm angezeigten Ehen der kirchlichen Gemeinde bekannt machte, und jeden öffentlich aufforderte, die ihm etwa bekannten Hindernisse anzuzeigen. Diese Anstalt findet sich zuerst in der Provinz Beauvais gegen das Ende des zwölften oder zu Anfang des dreyzehnten Jahrhunderts, wie aus einer Decretale des Pabsts Innocenz III. an den Bischof zu Beauvais vom Jahre 1212 erhellet. Es ist das *cap.* 27. X. *de sponsalib.* welches folgendergestalt lautet [10]):

INNOCENTIUS *III. Episcopo Belvacensi.* Cum in tua dioecesi: [et infra]. Sane, quia contingit in-

8) *Can.* 3. *sqq.* *C. XXXV.* *Qu.* 6.

9) *Capitular. Lib. VII. Cap.* 179.

10) Vollständig befindet sich dieses Decretalschreiben Tom. II. Epistolar. Innocentii III. Lib. XV. Epist. 164. edit. *Baluzii. Paris* 1682. f. pag. 689. sq. S. ALTESERRA Innocentius III. ad cap. 27. X. de sponsal. pag. 507.

terdum, quod, aliquibus volentibus matrimonium contrahere, *bannis*, ut tuis verbis utamur, in Ecclesiis editis *secundum consuetudinem Ecclesiae Gallicanae*, ac nullo contradictore publice comparente, licet fama privatum impedimentum deferat parentelae, cum ex parte contrahentium iuramenta maiorum de sua propinquitate, ut suspicionis tollatur materia, offeruntur, quid tibi sit faciendum in casibus huiusmodi quaesivisti. Ad quod taliter respondemus: quod, si persona gravis, cui fides sit adhibenda, tibi denunciet, quod hi, qui sunt matrimonio copulandi, se propinquitate contingant, et de fama vel scandalo doceat, aut etiam per te ipsum possis certificari de plano, non solum debes iuramenta parentum sponte oblata non recipere, verum etiam eos, qui sic contrahere nituntur, si moniti induci nequiverint, compellere, ut a tali contractu desistant, vel contra famam huiusmodi secundum tuae discretionis arbitrium iuramenta exhibeant propinquorum. Alioquin si persona denuncians non exstiterit talis, ut diximus, et de fama vel de scandalo non poterit edocere, ad desistendum monere poteris, non compellere, contrahentes.

Dieser besondere Gebrauch der gallikanischen Kirche [11]) ward nachher von dem Pabst Innocenz III. auf der

11) *J. H.* Boehmer in Diss. de iure Principum protestant. circa solemnia matrimonii ecclesiastica (*Halae* 1718.) §. 9. und ad cap. 3. X. de clandest. desponsat. not. 21. glaubt, schon eine ältere Spur von dem öffentlichen kirchlichen Aufgebot in der Afrikanischen Kirche bey Ter-

vierten Lateranensischen Kirchenversammlung im Jahr 1216 zum allgemeinen Gesetz gemacht. Die Verordnung selbst enthält *cap. 3. X. de clandest. desponsat.* wo die Worte also lauten:

Cum inhibitio copulae coniugalis sit in ultimis tribus gradibus revocata: eam in aliis volumus districte servari. Unde praedecessorum nostrorum vestigiis inhaerendo, clandestina coniugia penitus inhibemus, prohibentes etiam, ne quis sacerdos talibus interesse praesumat. Quare specialem quorundam locorum consuetudinem ad alia generaliter prorogando, statuimus, ut, cum matrimonia fuerint contrahenda, in ecclesiis per presbyteros publice proponantur, competenti termino praefinito; ut intra illum, qui voluerit et valuerit, legitimum impedimentum opponat, et ipsi presbyteri nihilominus investigent, utrum aliquod impedimentum obsistat. Cum autem apparuerit probabilis conjectura contra copulam contrahendam: contractus interdicatur expresse, donec, quid fieri debeat super eo, manifestis constiterit documentis.

Weil jedoch dieses Decret im Laufe der Zeit vernachlässiget zu werden anfieng, so fanden es die Väter des Tridentinischen Conciliums für gut, dasselbe nicht nur zu erneuern, sondern auch dem öffentlichen Aufgebote eine neue Form zu geben. Es soll nämlich die Proclamation

TULLIAN *de pudicitia cap. 4.* gefunden zu haben. Allein Tertullian sagt nur, daß Ehen, die nicht der Kirche wären angezeigt worden, für heimliche und unerlaubte Verbindungen seyen angesehen worden.

vor Schließung der Ehe zu drey verschiedenen Malen von dem competenten Pfarrer der Verlobten an drey auf einander folgenden Festtagen in der Kirche unter der Feyer der Messe geschehen [12].

Auch bey den Protestanten wird ein dreymaliges Aufgebot vor Schließung der Ehe erfordert, welches an drey auf einander folgenden Sonntagen geschieht, und zwar von dem Pfarrer, in dessen Parochie die Verlobten wohnen [13]. Sind sie an verschiedenen Orten eingepfarrt, so muß das Aufgebot in der Parochie eines jeden Orts geschehen [14]. Hat sich einer der Verlobten vorher eine Zeitlang an einem dritten Orte aufgehalten, oder er ist daselbst erzogen, so muß das Aufgebot auch an diesem Orte geschehen [15]. Sind die Verlobten verschiedener Religion, so geschieht das Aufgebot in der Kirche einer jeden Religionspartheу [16]. Die Wirkung der Proclamation besteht nun darin, daß wenn während der dazu bestimmten Zeit von einer dritten Person ein Einspruch entweder bey dem aufbietenden Geistlichen, oder bey Gericht eingelegt, oder sonst

12) *Concil. Trid. Sess. XXIV. Cap. 1. de reformat. matrimon.*

13) Carpzov Jurispr. eccles. Lib. II. Def. 137.

14) Boehmer iur eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 3. §. 32. Berardus Commentarior. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. III. pag. 68. Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 500. Wiese Handbuch des Kirchenrechts. 3. Th. 1. Abth. §. 421. S. 403.

15) Carpzovii Jurisprud. eccles. Lib. II. Def. 139. nr. 2. Boehmer iur. paroch. Sect. IV. Cap. 3. §. 3.

16) S. Gönner's auserles. Rechtsfälle und Ausarbeitungen 3. B. Nr. XXXI.

ein gesetzliches Ehehinderniß angezeigt wird [17]), die Trauung so lang aufgeschoben werden muß, bis darüber rechtskräftig erkannt, und der Einspruch entweder zurückgenommen, oder durch rechtskräftiges Erkenntniß abgewiesen, oder sonst das Hinderniß gehoben ist [18]). Kann es nicht gehoben werden, so muß die Trauung der Verlobten ganz unterbleiben. Einspruch findet übrigens noch so lange Statt, als die Trauung nicht erfolgt ist, wenn auch jener erst nach schon geschehenem dreymaligen Aufgebote eingelegt würde [19]). Erfolgt aber nach geschehenem Aufgebote bis zur Trauung kein Einspruch, so ist das Recht des Dritten, der solchen einlegen konnte, verloren, so fern er nämlich blos sein eignes Interesse betrifft. Denn die Proclamation hat die Wirkung einer peremtorischen Citation [20]). Ist aber das nachher erst bekannt werdende Ehehinderniß ein öffentliches und trennendes Hinderniß, so muß auf eine auch erst nach erfolgter Copulation angebrachte An-

17) Nach dem *Cap. 7. X. de cognat. spirit.* sind alle Mitglieder der Gemeinde verbunden, das ihnen bekannte Ehehinderniß der Kirche anzuzeigen. S. Riegger Instit. iurispr. eccles. P. IV. §. 55. Zwar waren nach *can. 1. 2. et 3. C. XXXV. Qu. 6.* nur vorzüglich bey Ehehindernissen der Verwandtschaft, Verwandte dazu verpflichtet. Diese Einschränkung soll aber nach *cap. 3. X. de clandestina desp.* bey dem Aufgebote nicht mehr statt finden. Dieß ist der Sinn der Worte: *qui voluerit et valuerit*, wie Berardus c. l. Qu. 1. pag. 72. sq. gezeigt hat.

18) *G. L.* Boehmer princ. iur. canon. §. 355. Wiese Handbuch a. a. O. S. 403 f. Schott Eherecht §. 160.

19) Boehmer iur. eccl. Protest. c. l. §. 34.

20) *Cap. ult. X. Qui matrim. accus. poss.*

zeige Rücksicht genommen, und die Ehe, welche deswegen nicht gültig geschlossen werden konnte, wieder aufgehoben werden, wofern nicht etwa eine Dispensation Statt findet [21]. Es wird jedoch in dem Falle, da die Ehe schon vollzogen ist, ein stärkerer Beweis des angezeigten Ehehindernisses erfordert, als wenn die Vollziehung der Ehe noch nicht erfolgt ist, in welchem Falle auch schon die eidliche Aussage eines einzigen glaubwürdigen und ganz unverdächtigen Zeugen für genügend gehalten wird [22]. Uebrigens darf die Proclamation in der Regel nicht unterlassen werden, wenn nicht die Verlobten deshalb eine Dispensation ausgewirkt haben, welche bey den Katholiken der Bischof, oder der General-Vikarius [23], bey den Protestanten aber der evangelische Landesherr, oder auch das Consistorium, so wie es die Verfassung des Landes mit sich bringt, ertheilen kann [24]. Jedoch müssen in einem solchen Falle die Verlobten durch Handschlag an Eides Statt versichern, daß sie sich sonst der Ehe wegen mit Niemand in ein verbindliches Versprechen eingelassen haben, zuweilen muß auch der Eid wirklich geschworen werden, welchen man alsdann den Eid der Ledigkeit (*iuramentum integritatis s. coelibatus*) zu

21) S. Boehmer iur. eccl. Protest. c. l. §. 35. Schnaubert's Grundſ. des Kirchenrechts. §. 250.

22) *Cap.* 27. X. *de sponsal. Cap.* 2. X. *de consang. et affinit. Cap.* 22. X. *de testib.* Boehmer c. l. §. 36. Riegger Instit. iurispr. eccl. P. IV. §. 55.

23) *Concil. Trid. Sess.* XXIV. *Cap.* 1. *de reform. matrim.* Riegger c. l. §. 56. *Lüd.* Mencken Diss. de omissa proclamatione sacerdotali. *Lipsiae* 1703. Th. 5.

24) Carpzov Jurispr. consistor. Lib. II. Def. 139. *G. L.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 355. Not. d.

nennen pflegt [25]). Ohne Dispensation müssen auch geschiedene Eheleute, wenn sie sich in der Folge wieder einander heyrathen wollen, von neuen sich aufbieten und trauen lassen. Denn die Ehe muß mit aller gesetzlichen Feyerlichkeit erneuert werden [26]). Vermöge erhaltener Dispensation kann nun die Proclamation entweder ganz unterbleiben, oder auch nur ein für alle mal geschehen. Im Nothfalle kann jedoch das Aufgebot auch ohne Dispensation unterlassen werden, z. B. wenn Soldaten im Abmarsch begriffen sind, oder bey einer schnellen Abreise in öffentlichen Angelegenheiten [27]). Auch sind erlauchte Personen in Deutschland nach der Observanz vom Aufgebote frey [28]). Ist ausserdem das Aufgebot eigenmächtig unterlassen worden; so ist zwar die durch erfolgte priesterliche Einsegnung vollzogene Ehe deshalb an sich nicht ungültig, wenn ihr sonst kein vernichtendes Hinderniß entgegensteht [29]). Denn weder bey den Katholiken noch Pro-

25) *Salom.* Deyling Institut. prudent. pastoral. P. III. Cap. 7. §. 16. in fin. *Car. Ferd.* Hommel Epitome iuris sacri. Cap. LIII. §. 18. not. b.

26) Boehmer iur. eccles. Protestant. Tom. IV. Tit. 19. §. 47. in fin. Gust. Alex. Bielitz Handbuch des Preuß. Kirchenrechts. §. 68. S. 131 f.

27) Boehmer iur. paroch. Sect. IV. Cap. 3. §. 7. Mencken cit. Disput. Th. 7. Wiese Handbuch des Kirchenrechts 3. Th. 1. Abth. §. 421. S. 402 f.

28) Schott's Eherecht §. 161. Mencken cit. Diss. Th. 6.

29) Mencken Diss. de omissa proclamatione sacerdot. Th. 18. Boehmer iur. paroch. c. l. §. 7. Deyling Institut. prudent. pastor. P. III. Cap. 7. §. 16. Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 59. Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 501. Es ist daher

testanten wird das Aufgebot zur Gültigkeit der Ehe erfordert, wofern es nicht, wie in den österreichischen Staaten, durch ein Gesetz zur wesentlichen Bedingung einer gültigen Ehe gemacht worden ist[30]). Allein eine solche eigenmächtige Unterlassung wird sowohl bey dem Priester oder Pfarrer, als auch bey dem getrauten Brautpaar bestraft. Erster soll mit der Amtssuspension, und zwar nach dem canonischen Rechte auf drey Jahre, oder auch härter, letzteres aber willkührlich bestraft werden[31]). Uebrigens bringt es schon die Natur der Sache mit sich, daß beym Auf-

ganz unrichtig, wenn Schmalz im Handbuch des canonischen Rechts. §. 294. sagt, daß ohne Aufgebot die Trauung selbst nichtig sey. Wenn das *cap.* 3. §. 1. X. *de cland. despons.* sagt, daß matrimonia clandestina nichtig seyn sollen, so ist ausdrücklich beygefügt, wenn sie in gradu prohibito geschlossen worden sind. Auch das *Concil. Trid. Sess. XXIV. Cap. I. de reformat. matr.* erklärt die Ehe wegen unterlassener Proclamation nicht für ungültig, sondern bezieht sich lediglich auf das Concilium Lateranse. S. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. III. §. Agendum p. 67 sq.

30) S. von Zeiller Commentar über das allgemeine bürg. Gesetzbuch für die deutsch. Erbländer der österr. Monarchie. 1. B. 1. Th. §. 74.

31) *Cap.* 3. §. 2. X. *de clandest. desp.* Sane, si parochialis sacerdos tales coniunctiones prohibere contempserit, aut quilibet etiam regularis, qui eis praesumserit interesse: *per triennium ab officio suspendatur*, gravius puniendus, si culpae qualitas postulaverit. Sed his, qui taliter praesumpserint, etiam in gradu concesso copulari, condigna poenitentia iniungetur. Si quis autem ad impediendam legitimam copulam malitiose impedimentum obiecerit, canonicam non effugiet ultionem.

gebot die Verlobten genau mit Anführung des Vornamens, so wie des Familien Namens, Geburtsorts, Standes und Wohnorts beyder Theile, desgleichen mit Angabe des Namens und Standes ihrer beyderseitigen Eltern, bezeichnet werden, damit aller leicht mögliche Irrthum in der Person vermieden werde [32].

§. 1220.

Form der Ehe bey den Römern.

Obwohl die römischen Gesetze [33] den Grundsatz aufstellen: Nuptias *consensus* facit, oder matrimonium contractum *consensu* intelligitur [34]; so waren sie doch immer auch darauf bedacht, die Ehe durch eine äussere Form vom Concubinate zu unterscheiden [35]. Anfangs unterschied man jedoch zwischen Ehen, die mit, und denen die ohne connubium geschlossen wurden [36]. Nur bey den erstern war eine gewisse Form eingeführt, nicht bey den letzteren, welche man matrimonia iuris gentium nannte. Doch verschwand dieser Unterschied in der Folge. Die Form der Ehe war jedoch vielen Veränderungen unterworfen. Anfangs unterschied man zweyerley Rechtsfor-

32) Dies wird auch in mehreren Provincialgesetzen ausdrücklich vorgeschrieben, z. B. im Preuß. Landrecht Th. 2. Tit. 1. §. 130. und im allgem. bürg. Gesetzbuche für die Oesterr. Monarchie Th. 1. 2. Hauptst. §. 70. S. von Zeiller Commentar. 1. Th. S. 220.

33) *L.* 15. *D. de condit. et demonstrat. L.* 30. *D. de div. reg. iur.*

34) *L.* 66. *D. de donat. inter vir. et uxor.* S. den 22. Th. dieses Commentars §. 1191. S. 396 ff.

35) *Ge. Henr.* Ayrer Diss. de iure connubiorum apud Romanos. *Goett.* 1736. 4.

36) S. den 23. Th. dies. Commentars. §. 1205. S. 120 ff.

men der Ehe. Die eine bestand in der in manum conventio, bey welcher das Verhältniß der Frau ein strenges, ganz von der Gewalt des Mannes abhängiges war. Die andere Form der Ehe war die, bey welcher die Frau nicht in die Gewalt des Mannes kam, und ihr Verhältniß milder und freier war [37]. Beyder Arten gedenkt Cicero [38], und auch noch Quinctilian [39]. Unter den römischen Juristen vorzüglich Ulpian [40] Der Arten, wie die Frau in manum mariti kam, gab es drey. Die älteste war die mit religiösen Feyerlichkeiten verbundene Confarreatio, ursprünglich ein etruskisches, und als solches, den römischen Patriciern eigenthümliches Institut [41]. Denn von den Etruskern stammten die Patricier her, und nicht blos die religiösen Einrichtungen der Römer, sondern die ganze älteste Verfassung Roms, die Zeitrechnung, bildende Künste, u. s. w. waren von diesem Volke hergenommen, wie schon Niebuhr [42] gezeigt hat. Nach Ulpian [43] und Gajus [44] bestand das Wesen der Con-

37) S. *Chr. Ulr.* Grupen Tr. de Uxore Rom. Cap. 1. und Ayrer Diss. cit. §. 18.

38) *Topic.* Cap. 3.

39) *Institution Orator.* Lib. V. cap. 10.

40) *Fragm.* Tit. XXVI. §. 7. et Tit. XXIX. §. 1.

41) Karl Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. (Stuttgart, 1822.) S. 38 ff. hat dieses aus vielen Gründen dargethan.

42) Römische Geschichte 1. Th. S. 80 ff. Man sehe auch den 23. Th. dieses Commentars §. 1213. S. 290 ff.

43) *Fragm.* Tit. IX. §. 1. *Farre convenit uxor in manum*, certis verbis, et testibus decem praesentibus, et *solemni sacrificio facto*, in quo *panis* quoque *farreus* adhibetur.

farreation in einem feierlichen Opfer, wobey auch panis farreus gebraucht wurde; das Opferthier selbst aber war nach Varro[45]) ein Schwein[46]). Die feierliche Handlung mußte vor zehen Zeugen geschehen, und dabey wurden feierliche Worte ausgesprochen[47]). Bey dieser Ehe kamen auch die Auspices vor[48]), und der Bliz war hier von

44) *Institution.* Lib. I. §. 112. *Farreo in manum conveniunt* per quoddam genus *sacrificii*, (eine Lücke, vielleicht war die Art des Opfers näher angegeben) quo farreus panis adhibetur: unde etiam *confarreatio* dicitur. Sed complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, praesentibus decem testibus aguntur et fiunt: quod ius etiam *nostris temporibus in usu est:* nam Flamines maiores, id est, Diales, Martiales, Quirinales, (hier fehlt das Uebrige).

45) De re rustica Lib. II. Cap. 4. (*Scriptor. R. R.* Vol. I. *edit. bipont.* pag. 175.) Nuptiarum initio antiqui reges ac sublimes viri *in Hetruria*, in conjunctione nuptiali, nova nupta et novus maritus primum porcum immolant.

46) Dionys. Halicarn. Antiquitat. Rom. Lib. II. pag. 95. edit. Sylb. erzählt, die Römer hätten das Opferthier mit gesalztem Mehl bestreut. S. Ayrer cit. Diss. §. 11.

47) Die Alten nannten eine solche Ehe sacrae nuptiae, wie Dionys. Halicarn. Lib. II. pag. 95. edit. *Sylb.* sagt. S. Grupen Ux. Rom. Cap. 4. wo er ausführlich von der conventione in manum per confarreationem handelt. Außerdem *Jo. Car. Ernst* Münter Diss. de matrimonio Rom. in specie de confarreato. *Goett.* 1786.

48) Valerius Maxim. Lib. II. cap. 1. nr. 1. Nuptiis etiamnum *auspices* interponuntur.

besonderer Bedeutung [49]. Daher sagt Plinius [50] in dieser Beziehung: Quin et in sacris nihil religiosius confarreationis vinculo erat, novaeque nuptae farreum praeferebant. Der Priester, welcher die Feyerlichkeit der Confarreation verrichtete, war der Flamen Dialis, wie Servius zum Virgil [51] anführt.

Da die Patricier den Plebejern nicht gestatteten sich dieser religiösen Förmlichkeit bey ihren Ehen zu bedienen, weil man behauptete, daß kein Plebejer Auspicien habe [52]; und daher über dreyhundert Jahre zwischen Patriciern und Plebejern kein Connubium Statt fand; so mußten sie wenigstens in so weit nachgeben, daß auch bey den Plebejern eine strenge Ehe eingeführt wurde, bey der die Frau in manum mariti kam. Der erste Schritt geschahe in den Gesetzen der zwölf Tafeln, in welchen, wie wir aus den Nachrichten von Gellius [53] und Macrobius [54] wissen, bestimmt wurde, daß eine Frau, welche ein volles Jahr, mit Einwilligung des Vaters, oder Vormundes, obgleich ohne alle Förmlichkeit, bey ihrem Mann in der Ehe geblieben, ohne sich drey Nächte von ihm entfernt zu haben, durch usus, d. i. durch Usucapion, in manum mariti kommen solle [55]. Eben dieses be-

49) Virgil. Aeneid. IV. v. 167. und Servius ad Eundem. S. Creuzer Symbolik Th. 2. Kap. 8. S. 948. Not. 158.

50) *Hist. Nat.* Lib. XVIII. Cap. 3.

51) Ad *Georgic.* Lib. I. v. 31. und *Aeneid.* Lib. IV. v. 103.

52) Livius IV. 6. VI. 41. X. 6—8.

53) *Noct. Atticar.* Lib. III. cap. 2.

54) *Saturnal.* Lib. I. cap. 3.

55) S. Grupen Tr. cit. Cap. 6.

stätigt nun auch Gajus [56]), welcher diese Art der conventio in manum als eine quiritarische Erwerbungsart betrachtet, wenn er sagt: *Usu* in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat: nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiaeque locum obtinebat: itaque lege duodecim Tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet. Bey dieser Ehe konnte also die Frau die in manum conventio vermeiden, wenn sie drey auf einander folgende Nächte (tris noctium) hindurch abwesend gewesen war [57]). Hierdurch ward die Usucapion unterbrochen. Gellius [58]) nennt dieses: trinoctium abesse a viro *usurpandi causa*, und das Entfernen der Frau vom Manne, um die Usucapion zu unterbrechen: *usurpatum* ire [59]). Um jedoch alle turbatio auspiciorum zu hindern, ward zugleich in den zwölf Tafeln das Connubium zwischen Patriciern und Plebejern ausdrücklich verboten [60]). Doch scheint der Usus bey Ehen nicht so allgemein im Gebrauche gewesen zu seyn, als die Coemtio, nachdem die Mancipatio überhaupt in den zwölf Tafeln als feierliche Form bey

56) *Institution. Lib. I.* §. 111.

57) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des R. R. bis auf Justinian. S. 104. Nr. 25. der 8. Aufl.

58) A. a. O.

59) Man vergleiche über die Stelle des Gellius, die Abh. über den annus civilis der Usucapion von Erb in Hugo's civilist. Magazin 5. B. S. 213 f.

60) Livius Lib. VI. 6.

Erwerbung des Eigenthums war sanctionirt worden [61]). Denn konnte man nun die Frau, wie jede andere bewegliche Sache, durch Usucapion, durch einjährige Ersitzung, erwerben, warum nicht auch durch Mancipation, welche durch einen Scheinkauf geschahe? Denn so erklärt uns Gajus [62]) die Coemtion, wenn er sagt: COEMPTIONE *in manum conveniunt per mancipationem*, id est, per quandam imaginariam venditionem, adhibitis non minus, quam quinque testibus, civibus Romanis puberibus, item libripende, praeter mulierem, eumque, cuius in manum convenit. Bey diesem Scheinkaufe wurden also, außer der Frauensperson, und dem Manne, in dessen Gewalt sie kommen sollte, fünf Zeugen zugezogen, die mündig und römische Bürger seyn mußten. Außer den Zeugen mußte noch eine Person zugegen seyn, welche eine Waage hielt, und *Libripens* genennt wurde [63]). Nach Boethius [64]) waren auch gegenseitige Fragen zur Form gehörig. Der Mann fragte: *an mulier sibi materfamilias esse vellet*; sie antwortete: *Velle*. Deßgleichen fragte das Weib: *an vir sibi paterfamilias esse vellet*, er antwortete, *velle*. Daß der Coemtion gewisse Worte eigenthümlich waren, leidet zwar keinen Zweifel. Denn dafür spricht

61) S. Wächter über Ehescheid. bey den Römern. S. 51 ff.

62) *Institut.* Libr. I. §. 113.

63) Diese Form der Mancipation ist auch aus ULPIAN. *Fragm.* XIX. §. 3. bekannt.

64) *Commentarior. in Topic. Ciceron.* Lib. II. Vermuthlich aus den Commentarien des Boethius ist diese Stelle wörtlich in die Commentare des Servius in *libr. IV. Aeneid. Virgilii* übergegangen, wie auch GRUPEN Ux. Rom. Cap. 5. §. 2. bemerkt hat.

das Zeugniß des Cicero[65]). Ob es aber jene Worte gewesen, welche Boethius anführt, oder ob nicht vielmehr der Coemtionator, wie man den Käufer nannte, die Formel ausgesprochen habe: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra;* läßt sich mit Gewißheit nicht bestimmen. Letztere führt wenigstens Gajus[66]) als die gewöhnliche Formel bey der Mancipation an. Die eherne Münze, deren sich der Coemtionator bediente, war, wie Gajus ebenfalls bemerkt, das symbolische Zeichen des Preises (quasi pretii loco). Mit dieser schlug er an die Waage, welche der libripens hielt, und gab sie dem, von welchem er die Person in seine Gewalt bekam. Daher mußte diese Person gegenwärtig seyn, und der Coemtionator sie bey der Hand ergreifen. Dies brachte, wie Gajus[67]) sagt, auch schon der Name mit sich: *mancipatio* enim dicitur, quia *manu* res capitur. Sie mußte aber auch sui iuris seyn, daher mußten die legitimi tutores ihre Auctorität dabey interponiren[68]). Wenn Servius in seinen Erläuterungen zum Virgil[69]) sagt: mulier atque vir *inter se* quasi coemtionem faciunt; so scheint das zwar den gegenseitigen Fragen zu entsprechen, deren wir vorhin aus Boe-

65) *De oratore* Lib. I. cap. 56. Nam neque illud est mirandum, qui, *quibus verbis coemtio fiat*, nesciat, eundem eius mulieris, *quae coemtionem fecerit*, causam defendere posse.

66) *Institut.* Lib. I. §. 119.

67) *Institut.* Lib. I. §. 121.

68) Cicero *pro Flacco. Cap.* 34. S. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer. §. 5. S. 26 ff.

69) *Lib. IV. Aeneid.*

thius gedachten. Allein daß die coemtio deswegen ein gegenseitiger Kauf gewesen sey, und also die Frau auch den Mann gekauft habe, läßt sich daraus nicht errathen, wenn auch Servius an einem andern Orte [70]) und mit ihm Isidor [71]), vielleicht durch die grammatische Bedeutung des Worts verleitet, lehren, bey der Coemtion hätten sich Mann und Frau einander gekauft. Ein solches gegenseitiges Kaufen würde ja der rechtlichen Natur der in manum conventio offenbar entgegen streiten. Daher wird auch diese Hypothese jetzt von allen verworfen [72]). Ihrem Ursprunge nach waren also die beyden jetzt erklärten Formen der Ehe, nämlich der Usus und die Coemtio, plebejisch; so wie die Confarreation dem etruskisch-patricischen Stamme eigenthümlich war. Dieser Unterschied mag bis auf Cicero's Zeiten fortgedauert haben. Dieses erhellet aus einer Stelle seiner Rede für den Flaccus [73]), in welcher er,

70) *Ad Virgil. Georg. I.* v. 31.

71) *Origin.* Lib. IV. Cap. 24. n. 3.

72) S. Gruper de Ux. Rom. Cap. V. §. 15—16. Hugo Lehrb. der Geschichte des Römischen Rechts. S. 105. Nr. 20—25. Wächter über Ehescheidungen bey den Röm. S. 56.

73) *Orat. pro Flacco. Cap.* 34. At enim, sagt hier Cicero, Androni Sextilio gravis iniuria facta est et non ferenda: quod, cum esset uxor eius Valeria intestata mortua, sic egit eam rem Flaccus, quasi ad ipsum hereditas pertineret. In quo quid reprehendas scire cupio. Quod falsum intenderit? qui doces? Ingenua, inquit, fuit. O peritum iuris hominem! Quid? ab ingenuis mulieribus hereditates lege non veniunt? *In manum*, inquit, *convenerat*. Nunc audio. Sed quaero, *usu*, an *coemtione? Usu* non potuit. Nihil

als Arten der strengen Ehe, nur usus und coemtio nennt, ohne der Confarreation zu gedenken, die doch noch lange nach seinen Zeiten im Gebrauche war. Denn Andro Sextilius, auf den sich diese Stelle bezieht, war, wie auch schon der Name anzeigt, höchst wahrscheinlich ein Plebejer. Da nun Cicero, bey Aufzählung der verschiedenen Formen der Ehe die Confarreation ganz übergieng, so geschah dieses wohl aus keiner andern Ursache, als weil von dieser in dem gegenwärtigen Falle gar nicht die Rede seyn, sondern bey Nichtpatriciern nur usus und coemtio vorkommen konnte. Wie jedoch in der Folge durch das Canulejische Gesetz das in den zwölf Tafeln zwischen den Patriciern und Plebejern verbotene connubium, zwischen diesen beyden Ständen wieder völlig frey gegeben wurde [74]; überdem auch die Plebejer, nachdem sie sich den Weg zu den patricischen Magistratsstellen geöfnet hatten, auch das Auspicienrecht erhielten [75], überhaupt aber die Auspicien bey den Ehen in der spätern Zeit nur noch den Namen nach vorkamen [76], und end-

enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui. *Coemtione?* omnibus ergo auctoribus, in quibus certe FLACCUM fuisse non dices. Man sehe über diese Stelle Burchardi Grdz. des Rechtssystems der Römer. S. 27. Not. 35. und Wächter über Ehescheidungen bey d. Römern. S. 46.

74) LIVIUS Lib. IV. c. 1 et 2.

75) S. *Jo. Jac.* MASCOV Diss. de iure auspicii apud Romanos. *Lipsiae* 1721. §. 9. 10 et 11.

76) CICERO *de divinat.* Lib. I. c. 16. Nihil fere quondam maioris rei, nisi *auspicato*, nec privatim quidem gerebatur; quod etiam nunc *auspices nuptiarum* declarant, *qui, re omissa, nomen tantum tenent.* VALE-

lich ganz erloschen [77]); so kam es nach und nach dahin, daß der Unterschied zwischen Patriciern und Plebejern, die nun immer mehr Ein Volk wurden, sich auch in Rücksicht auf eheliche Verhältniße verlor [78]). Die plebejische Form siegte über das aus dem grauen Alterthume herstammende patricische Institut, und verdrängte dasselbe zuletzt ganz. Zwar war die Confarreation noch zu Gajus Zeiten im Gebrauche, aber Gajus nennt nur die Flamines maiores, nämlich die Diales, Martiales und Quirinales, bey denen sie noch Statt fand [79]). Sie war jedoch schon zu Tibers Zeiten so selten geworden, daß dieser Kaiser, wie Tacitus [80]) erzählt, bey Gelegen-

rius Maximus Lib. II. cap. 1. §. 1. Apud antiquos non solum publice, sed etiam privatim, nihil gerebatur, nisi auspicio prius sumpto: quo ex more nuptiis etiamnum *auspices* interponuntur. *Qui quamvis auspicia petere desierint, ipso tamen nomine veteris consuetudinis nomina usurpant.*

77) S. Mascov Diss. cit. Cap. 6.

78) S. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 92. und Gans Scholien zum Gajus. S. 146.

79) *Institut.* Lib. I. §. 112.

80) *Annal.* Lib. IV. Cap. 16. Sub idem tempus de Flamine Diali, in locum Servii Maluginensis defuncti legendo, simul roganda nova lege disseruit Caesar. Nam patricios, confarreatis parentibus genitos, tres simul nominari, ex quis unus legeretur, vetusto more; neque adesse, ut olim, eam copiam, omissa confarreandi adsuetudine, aut inter paucos retenta. Pluresque eius rei causas adferebat: potissimam penes incuriam virorum feminarumque: accedere *ipsius ceremoniae difficultates, quae consulte vitarentur:* et quando exiret *e iure patris*, qui id flaminium apisce-

heit der Wahl eines Flamen Dialis ein neues Gesetz in Antrag brachte, daß man die alte Sitte, nach welcher immer bey einer solchen Wahl drey Patricier, aus confarreirten Ehen entsprossen, in Vorschlag gebracht, und aus diesen Einer gewählt werden mußte, abändern sollte, weil kein Ueberfluß an solchen Candidaten, so wie ehemals, vorhanden gewesen sey, indem die Gewohnheit, durch Confarreation Ehen zu schließen, wo nicht ganz abgekommen, doch nur noch unter Wenigen sich erhalten habe. Tiber habe diese Seltenheit aus mehreren Gründen erklärt. Einen Hauptgrund habe er in der Ungebundenheit der Männer und Weiber gefunden; wozu denn aber freylich noch die Schwierigkeiten der Ceremonie selbst gekommen wären, welche deswegen absichtlich vermieden worden sey, so daß schon K. Augustus Einiges an diesem graualterthümlichen Institute den gegenwärtigen Zeitumständen gemäß abzuändern sich erlaubt habe. Ein fernerer Grund wäre auch der Umstand gewesen, daß derjenige, welcher das Flaminium erhalten, so wie diejenige, welche in seine manum gekommen sey, von der väterlichen Gewalt wäre befreiet worden. Tiberius sey aber dennoch mit seinem Antrage nicht durchgedrungen. Der Senat habe vielmehr, nach Erwägung der Religionsrechte, beschlossen, daß an dem Institute der Flaminum nichts geändert werden solle. Die Coemtion war daher nun diejenige Form, welche auch die Patricier bey Schließung

retur, quaeque in manum Flaminis convenirent. Ita medendum Senatus, aut lege: *sicut* Augustus *quaedam ex horrida illa antiquitate ad praesentem usum flexisset.* Igitur, tractatis religionibus, placitum, *instituto Flaminum nihil demutari.* Man sehe über diese Stelle Grupen Ux. Rom. Cap. 3, §. 4.

ihrer Ehen schon darum vorzüglich wählten, weil hier die Trennung der Ehe viel weniger Schwierigkeit fand, als bey der Confarreation, und auch die Form der Mancipation, welche bey der Coemtion Statt fand, als die gewöhnliche Erwerbungsart des Eigenthums, ihnen viel geläufiger war [81]). Daher hat sich auch diese Form der Ehe am längsten im Gebrauche erhalten. Daß auch der Usus nicht blos plebejisch geblieben sey, ist wohl zu glauben [82]). Da durch Ersitzung von einem Jahre die manus bey jeder Ehe von selbst hinzukam, wenn sie nicht durch eine Abwesenheit per trinoctium war unterbrochen worden [83]); so scheint zwar dieser Usus die strenge Ehe vorzüglich befördert zu haben. Dennoch verschwand der Usus früher, als selbst die confarreatio. Zu Cicero's Zeiten war sie zwar noch im Gange [84]); allein Gajus [85]) sagt von ihr, sie sey theils durch Gesetze, theils durch Gewohnheit außer Gebrauch gekommen. Diese allmälige Abschaffung fällt also in die Zeit von Cicero bis zu den

81) S. Wächter's angef. Abh. S. 93.

82) Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts S. 105. Nr. 15.

83) Diese Usurpation mußte in jedem Jahre wiederholt werden, weil ja auch die unterbrochene Usucapion wieder von Vorn anfangen kann. Eben dieses bestätigt auch Gajus *Institut.* Lib. I. §. 111. Itaque lege duodecim tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut *quotannis* trinoctio abesset, *atque ita usum cuiusque anni interrumperet.* S. Gans Scholien zum Gajus S. 144 f.

84) *Pro Flacco. Cap.* 34.

85) Cit. loc. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.

Antoninen. In wieweit aber geschriebene Gesetze, und welche? darauf eingewirkt haben, ist völlig unbekannt.

Ungleich häufiger war dagegen die freye Ehe ohne in manum conventio, wo nicht die fast allgemeine [86]). In der That war sie auch diejenige Ehe, die ohne alle Beschwerlichkeit und Weitläuftigkeit eingegangen, und eben so auch wieder aufgelößt werden konnte. Eine solche freye Ehe bestand schon nach dem Gesetz der zwölf Tafeln, wenn die Usucapion nicht Statt gehabt hatte. Sie unterschied sich vom Concubinate durch die Bestellung einer dos, ohne welche eine Frauensperson nicht leicht einen Mann bekam, wie aus mehreren Stellen des Plautus zu ersehen ist. An einem Orte [87]) sagt Euclio: Meam pauperiem conqueror. Virginem habeo grandem, *dote cassam*, atque illocabilem. *Neque eam queo locare cuiquam*. An einem andern Orte [88]) läßt er den Lesbonicus Folgendes aussprechen: Nolo ego mihi te tam prospicere, qui meam egestatem leves, sed ut inops infamis ne sim: ne mihi hanc famam differant, *me germanam meam sororem in concubinatum tibi sic sine dote dedisse, magis, quam in matrimonium*. Hierauf bezieht sich auch der Ausspruch des Paulus [89]): wenn er *libro LX. ad Edictum* sagt: Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, *propter quas nubere possunt*. Die deductio in do-

86) S. *Ant.* Schulting ad Ulpiani fragm. Tit. IX. not. 2. (in *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 580 sq.) und Wächter über Ehescheid. bey den Röm. S. 141.

87) *Aulular.* Act. II. Scen. II. v. 13—15.

88) *Trinum.* Act. III. Sc. II. v. 62—65.

89) *L.* 2. *D. de jure dot.*

mum, welche ausserdem gewöhnlich war, war jedoch zur Schliessung einer gültigen Ehe nicht so wesentlich nothwendig [90]).

Beyde Arten der Ehe, die strenge und die freye Ehe, waren nun also in ihrer Form und Wirkung ganz verschieden [91]). Bey jener war eine solenne Förmlichkeit der Eingehung, oder ununterbrochene Fortdauer des Besitzes, als Ehe, binnen einem Jahre, vorgeschrieben; von der letzten galt recht eigentlich die Regel: Nuptias consensus facit. Die eheliche Gesinnung, oder die affectio maritalis, worauf das ganze Verhältniß beruhete [92]), ward hier vorzüglich an der Bestellung einer dos, oder dem coire liberorum procreandorum gratia [93]), erkannt. Bey jener kam die Frau in die Gewalt und Familie des Mannes. Der Mann hatte alle Rechte über die Frau, welche dem Vater über eine filia familias zustanden [94]); dagegen war aber auch die Frau aller Familienrechte theilhaftig, und erbte wie eine Tochter vom Hause [95]). Bey dieser hingegen wurde die uxor gar nicht als zur Familie gehörig angesehen, und hatte also

90) Man sehe vorzüglich *L. 66. D. de donat. int. vir. et uxor.* und was zur Erläuterung dieser Stelle schon an einem andern Orte, Th. 22. §. 1191. S. 397 ff. gesagt worden ist.

91) S. Gruppen Ux. Rom. Cap. VII. und Ayrer Diss. de iure connubior. §. 31.

92) *L. 31. pr. D. de donation.*

93) *L. 220. §. 3. D. de Verb. Signific.* S. Gruppen Ux. Rom. Cap. 7. §. 5 et 6. und dieses Comment. Th. 23. §. 1205. S. 137.

94) Gruppen U. R. Cap. 3. §. 2—6.

95) Gruppen Cap. 3. §. 14.

auch kein Erbrecht, als etwa in dem Falle des prätorischen Rechts[96]. Bey jener ward das Vermögen der Frau Eigenthum des Mannes, und was sie erwarb, erwarb sie ihm[97]. Bey dieser behielt sie ihr Vermögen für sich, außer in sofern sie es dem Ehemann als eine dos überließ[98]. Nur bey der freyen Ehe war daher ein Unterschied zwischen dos und parapherna der Frau denkbar. Die Güter, welche die Frau bey der Bestellung der dos sich zur eignen freyen Verfügung vorbehielt, wurden *bona receptitia* genennt[99]. Uebrigens bemerkt Gellius[100] noch, daß eine solche Ehefrau, welche nicht in mariti manu war, im eigentlichen Sinne *matrona* sey genennt

96) Grupen Cap. 7. §. 8.

97) Grupen Cap. 3. §. 8. Ayrer cit. Diss. §. 32.

98) Grupen Cap. 7. §. 7. und Ayrer Diss. cit. §. 31.

99) Gellius *Noct. Atticar. Lib. XVII. cap.* 6. Quando mulier dotem marito dabat, tum quae ex suis bonis retinebat, neque ad virum transmittebat, ea *recipere* dicebatur: sicuti nunc quoque in venditionibus *recipi* dicuntur, quae excipiuntur, neque veneunt. — Ipse etiam *Cato* mulierem demonstrare locupletem volens, *Mulier*, inquit, *et magnam dotem dat*, *et magnam pecuniam recipit:* hoc est, retinet. Ex ea igitur re familiari, quam sibi dote data retinuit, pecuniam viro mutuam dat. Eam pecuniam quum viro forte irata repetere instituit, apponit flagitatorem *servum receptitium*, hoc est, proprium servum suum, quem cum pecunia reliqua receperat, neque dederat doti, sed retinuerat. Non enim servo mariti imperare hoc mulierem fas erat, sed proprio suo.

100) *Noct. Atticar.* Lib. XVIII. cap. 6. Man vergleiche über diese Stelle vorzüglich *Herm.* Cannegieter Observation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 4 et 5.

worden, und von dieser sagte man, in matrimonium cum viro convenit; zum Unterschied einer solchen Ehefrau, quae in manum mariti convenisset; nur diese allein sey *materfamilias* genennt worden, quoniam non in matrimonium tantum, sed in *familiam* quoque mariti, et *in sui heredis locum* venisset. Doch werden auch beyde Namen ohne Beziehung auf Ehe jeder tugendhaften Frauensperson beygelegt, sie sey verheyrathet oder nicht [1]).

Durch Einführung der christlichen Religion im Römischen Reiche verschwanden endlich die alten Formen der strengen Ehe gänzlich, so daß in dem Justinianeischen Recht von einer conventio in manum nirgends mehr die Rede ist. Die einzige Art der Ehe war also nur die so genannte laxe oder freie Ehe, deren äußere Förmlichkeit jedoch nach Verschiedenheit der Zeiten sehr veränderlich war [2]). Schon zu Ende des zweyten oder zu Anfang des dritten Jahrhunderts war die Gewohnheit in der Kirche aufgekommen, daß Christen, die sich heyrathen

1) Cicero *pro Coelio*. *L.* 46. §. 1. *D. de Verb. Signif.* Gruppen Ux. Rom. Cap. 1. §. 6.

2) Man vergleiche hier *Jos.* Bingham Origin. s. Antiquitat. Eccles. Vol. IX. Lib. XXII. Cap. 4. *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. ult. Cod. Theodos. de nuptiis. Tom. I. pag. 321. sqq. edit. *Ritter*. *Joach.* Hildebrand de nuptiis veter. Christianorum libellus. *Helmst.* 1735. 4. *J. H.* Boehmer Diss. de iure Princip. protestant. circa solemnia matrimonii ecclesiastica. §. 9. sq. et in iure eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 3. §. 11 sqq. *Henr. Chr.* Hochmann Comm. de benedictione nuptiar. *Altd.* 1685. 4. Cap. II. §. 6 sqq. und *Corn. Wilh. de* Rhoer Diss. de effectu religionis Christ. in iurisprud. Rom. Diss. VI. §. 38 sqq.

wollten, ihren Entschluß dem Bischof, und durch diesen der ganzen Gemeinde ankündigen ließen. Dieß nennt Tertullian[3]) profiteri matrimonium apud ecclesiam. Ob nun wohl diese Anzeige Anfangs nur in der Absicht geschehen seyn mochte, um zugleich den Bischof oder den Priester wegen der vorhabenden Ehe um Rath zu fragen, und den Segenswunsch, Namens der Gemeinde, von demselben zu erhalten, welcher denn auch wohl natürlich erfolgte; so ward doch diese Profession zu Tertullians Zeiten, nach dem Zeugniß desselben, für so nothwendig gehalten, daß ohne dieselbe eheliche Verbindungen von der Kirche nicht als wahre Ehen, sondern als bloßer Concubinat angesehen wurden[4]). Es sind hier besonders zwey Stellen aus den Schriften dieses Kirchenvaters merkwürdig. In der einen[5]) sagt er: Ideo penes nos occultae quoque conjunctiones, id est, non prius apud ecclesiam professae, iuxta moechiam et fornicationem iudicari periclitantur. In der andern Stelle[6]) heißt es: Unde sufficiamus ad enarrandam felicitatem eius matrimonii, quod ecclesia conciliat, et confirmat oblatio, et obsignat benedictio. Viele[7]) wollen zwar in dieser

3) *De pudicitia* Cap. 4.

4) S. Planck's Geschichte der christlich-kirchl. Gesellschaftsverfassung. 3. Per. 2. Abth. Kap. 5. S. 469 ff.

5) *De pudic.* cap. 4.

6) *Ad Uxorem.* Lib. II. cap. ult.

7) *Jac.* Gothofredus c. l. Hochmann de benedict. nuptiar. Cap. 2. §. 6 seqq. Bingham Orig. s. Antiquit. eccles. Lib. XXII. cap. 4. §. 1. *Car. Seb.* Berardus ad Gratiani canones. P. II. Tom. I. Cap. 35. pag. 188. und

Stelle einen Beweis gefunden haben, daß zu Tertullians Zeiten, wenigstens in der Afrikanischen Kirche, bey Schließung der Ehen unter Christen die priesterliche Einsegnung schon im Gebrauche gewesen sey. Ja man will aus einer Stelle bey Clemens [8]) von Alexandrien schließen, daß sie schon zu Ende des zweyten Jahrhunderts in mehreren Kirchen gebräuchlich gewesen sey. Es laße sich daher um so gewisser annehmen, daß die priesterliche Einsegnung schon im vierten Jahrhundert bey allen christlichen Ehen Statt gefunden habe, da in einigen Synodal-Schlüßen dieses Zeitalters diese Formalität als allgemein observanzmäßig vorausgesetzt werde. Man beruft sich deshalb auf *can.* 13. *Concilii Carthaginensis IV.* vom J. 389. wo es heißt: Ut sponsus et sponsa, *cum benedicendi sunt a sacerdote*, a parentibus suis, vel a paranymphis offerantur, qui cum *benedictionem* acceperint, eadem nocte pro reverentia ipsius benedictionis in virginitate permaneant [9]). Eben dieses soll auch das Schreiben des röm. Bischofs Siricius, eines Zeitgenossen, an den Bischof Himerius von Taragona vom J. 385. bestätigen, in welchem es bey Gratian *can.* 50. *Caus.* XXVII. *Qu.* 2. heißt: De coniugali violatione requisisti, si puel-

Plank Geschichte der christlich kirchlichen Gesellschaftsverfassung 1. Band 3. Periode 2. Abth. Kap. 3. §. 5.

8) *Paedagogus* Lib. III. cap. 11. *Cui enim manum imponit* presbyter? cui autem *benedicet?* non mulieri, quae est ornata; sed alienis capillis, et per istos alii capiti.

9) In Gratians Decrete kommt dieser Canon zweymal vor *can.* 33. *Dist.* XXIII. und *can.* 5. *Caus.* XXX. *Qu.* 5.

dam alteri desponsatam alter in matrimonium possit accipere? Tale ergo connubium anathematizamus, et modis omnibus, ne fiat, prohibemus: *quia illa benedictio, quam nupturae sacerdos imponit, apud fideles cuiusdam sacrilegii instar est, si ulla transgressione violetur.* Allein daß in allen diesen Stellen nicht von der heutigen Tages üblichen priesterlichen Einsegnung die Rede sey, sondern dieselben vielmehr von dem Segenswunsche zu verstehen sind, welchen der Priester im Namen der Kirche dem Brautpaar ertheilte, welches ihm die vorhabende Ehe angezeigt hatte, und welche auch wohl mit einer Auflegung der Hände verbunden seyn könnte, hat Böhmer [10]) gezeigt. Nicht diese Benediction, sagt er, sondern die darauf erfolgte deductio in domum, vel thalamum habe die Ehe vollendet. Soviel ist gewiß, daß in den Verordnungen der ersten christlichen Kaiser von einer kirchlichen Form bey Schließung der Ehen unter den Christen noch keine Rede ist. Nach einer Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian [11]), vom J. 428. wird zur Eingehung einer Ehe für hinreichend gehalten, wenn die Brautleute pares honestate personae sind, ihrer Ehe kein Hin-

10) Jur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 3. §. 14 sq.

11) *L. 3. Cod. Theod. de nuptiis.* Si donationum ante nuptias, vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam, aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus existimet ob id deesse, recte alias inito matrimonio, firmitatem, vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, si inter pares honestate personas, nulla lege impediente, fiat consortium, *quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmetur.* Es ist die *L. 22. Cod. Just. eod. tit.*

derniß entgegensteht, und sie in Gegenwart von Zeugen einander ihre Einwilligung geben. Eine solche Ehe sey gültig, wenn auch weder eine donatio ante nuptias, noch die Bestellung einer dos, noch sonst eine Hochzeitsfeierlichkeit geschehen wäre. Denn ehe die Lehre des Augustinus, daß die Ehe ein Sacrament sey, ausgebildet war, betrachteten die römischen Kaiser die Ehe noch nicht als ein kirchliches, sondern blos weltliches Geschäft. Sie gaben ihr daher Form und Gesetze [12]. Gleichwohl bestand die Kirche immer auf die Bestellung eines Heyrathsguts, um die Ehe vom Concubinate zu unterscheiden. Zwar ist das Schreiben des römischen Bischofs Evaristus, welches Gratian *can.* 1. *Caus.* XXX. *Qu.* 5. anführt, unächt [13], in welchem es heißt: Aliter legitimum non fit coniugium, nisi ab his, qui super ipsam foeminam dominationem habere videntur, et a quibus custoditur, uxor petatur, et a parentibus et propinquioribus sponsetur, et *legibus dotetur*, et suo tempore sacerdotaliter, ut mos est, cum precibus et oblationibus, a sacerdote benedicetur, allein der Inhalt desselben entspricht doch den unverfälschten Zeugnissen der Kirchenväter vollkommen. So sagt Hieronymus in seinem Briefe an den Oceanus: *Uxori tabulis et iure dotali opus est, quibus concubinae sunt destitutae.* Auch Augustinus [14] gedenkt bey der Ehe

12) S. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 3. §. 22.

13) S. Blondellus in Pseudo-Isidoro pag. 151. Berardus ad Gratiani canones. P. II. T. I. Cap. 3. pag. 41. und *Jod. Le* Plat Diss. de spuriis in Gratiano canonibus. Cap. 3.

14) De genesi ad literam Lib. XII. c. 41. S. Hildebrand de nuptiis vet. Christianor. pag. 45.

der Bestellung eines Heyrathsguts ausdrücklich, indem er sagt: Nisi forte sponsa a patre erat tradenda, et exspectanda votorum solennitas, convivii celebritas, et *dotis aestimatio* et *conscriptio tabularum*. In Gratians Decrete finden sich zwar auch noch Stellen, welche von der Nothwendigkeit der Dotation sprechen. Es sind *can.* 4. et *can.* 6. *Caus.* XXX. *Qu.* 5. von denen der erste dem Pabst Leo, der andere aber einem Concilium zu Arelat zugeschrieben wird. In dem erstern heißt es nämlich: Qualis debeat uxor esse, quae habenda est secundum legem, virgo casta et desponsata in virginitate, et *dotata legitime*, et a parentibus tradita sponso, et a paranymphis accipienda: et ita secundum legem et evangelium publicis nuptiis honestata, in coniugium licite sumenda [15]). In dem andern: *Nullum sine dote fiat coniugium:* iuxta possibilitatem fiat dos: nec sine publicis nuptiis quisquam nubere vel uxorem ducere praesumat. Allein jener erste Text wird in den Capitularien der Fränkischen Könige[16]) aus dem Augustinus angeführt, und die Römischen Correctoren haben bey demselben die Bemerkung gemacht, daß er auch in dem 8. Canon eines gewissen unter dem Erzbischof von Rheims zu Troslei im Jahr 909 gehaltenen Conciliums dem Augustinus zugeeignet werde[17]). Der andere aber ist aus den Capitularien der Fränkischen Könige genommen[18]). Nur Burchard hatte ihn in sei-

15) Fast das Nämliche findet sich unter dem Namen des Pabsts Leo can. 12. §. 2. C. XXXII. Qu. 2.

16) Lib. IV. cap. 179. bey Georgisch pag. 1654.

17) S. Berardus ad Gratiani canones. P. II. T. I. Cap. 42. pag. 300.

18) Lib. VI. cap. 133.

nem Decrete einem Concilium zu Arelat zugeeignet, von dem nachher Ivo, und auch Gratian irregeführt wurden[19]). Dennoch war nach den Verordnungen der christlichen Kaiser, ja noch zu den Zeiten des Kaisers Justinian, die Bestellung einer dos, nicht so wesentlich nothwendig, daß die Gültigkeit der Ehe davon abhängig gewesen wäre. Die Constitution dieses Kaisers an den Hermogenes[20]) vom J. 528. läßt uns daran nicht zweifeln, in welcher es heißt: Jubemus, ut quicunque mulierem cum voluntate parentum, aut si parentes non habuerit, sua voluntate maritali affectione in matrimonium acceperit: *etiamsi dotalia instrumenta non intercesserint, nec dos data fuerit:* tanquam si cum instrumentis dotalibus tale matrimonium processisset, firmum conjugium eorum habeatur: *non enim dotibus, sed adfectu matrimonia contrahuntur.*

Justinian führte jedoch eine neue Form der Ehen ein. Dieses geschahe zuerst durch die Nov. LXXIV. Cap. 4. §. 1. Er nahm hierbey auf den Stand der Personen Rücksicht. Die höheren Stände bis zu den Senatoren und illüstren Personen sollen nicht ohne Errichtung schriftlicher Verträge über dos und donatio propter nuptias Ehen schließen, und auch alles übrige beobachten, was ihrem Stande gebührt. Andere Standespersonen, wenn sie sich auf eine gesetzmäßige Art verheyrathen wollen, sollen in eine Kirche gehen, und bey dem Patron derselben (defensor ecclesiae)[21]) die Ehe erklären, welcher

19) S. Berardus Grat. canon. P. I. Cap. 4. pag. 42.

20) *L. 11. pr. Cod. de repudiis. (V. 17.)*

21) Defensor ecclesiae, war nicht der Bischoff, sondern der Patron und Advocat der Kirche, welcher die Rechte der

dann mit Zuziehung von drey oder vier Geistlichen desselben Orts eine Urkunde darüber aufnehmen soll. Personen von der untersten Volksklasse, Soldaten, Landleuten, und die überhaupt von bürgerlichen Sachen keine Kenntniß haben, soll es erlaubt seyn, auch ohne eine solche schriftliche Urkunde, ganz formlos ihre Ehen einzugehen. Haben sie eine Frau genommen, und ihr mit Berührung der heilichen Schrift, oder auch in einem Bethause geschworen, sie wollen sie für ihre rechtmäßige Ehefrau halten, so soll eine solche Ehe gelten, wenn gleich die Frau kein Heyrathsgut eingebracht hat, und die in einer solchen Ehe erzeugten Kinder sollen legitime Kinder seyn. Dieses letztere hat auch Gratian *can.* 9. *C.* XXX. *Qu.* 5. aus der Novelle *LXXIV.* Kap. 5. in sein Decret aufgenommen, wo es heißt: Si quis divinis tactis scripturis iuraverit mulieri, legitimam se eam uxorem habiturum, vel si in oratorio tale sacramentum dederit; sit illa legitima uxor, quamvis nulla dos, nulla scriptura alia interposita sit. Justinian änderte jedoch dieses nachher in der Novelle *CXVII.* Kap. 4. wieder dahin ab, daß alle diejenigen, welche nicht zu den höheren Ständen gehörten, (denn in Ansehung derselben sollte es bey der Vorschrift der Novelle 74. bleiben, und deren Ehen anders nicht gelten, als confectis instrumentis dotalibus), durch die bloße aus ehelicher Zuneigung erklärte Einwilligung eine gültige Ehe sollten

Kirche beschützen, und die Sache der Kirche vor Gericht führen mußte, wenn ihre Rechte von andern angegriffen wurden. S. Bingham Origin. s. Antiquitat. eccles. Vol. II. Lib. III. Cap. 11. §. 3 sq. und *Lud.* Thomassinus Vet. et nova Ecclesiae disciplina P. I. Lib. II. Cap. 97. pag. 675. (edit. *Mogunt.* 1787. 4.)

schließen können. Eben dieses sollte auch bey den dem römischen Reiche unterworfenen Fremden gelten, wenn sie auch zu den höheren Ständen gehörten [22]). Noch war also die priesterliche Einsegnung zur Form der Ehe gesetzlich nicht vorgeschrieben. Dieses geschahe erst später, doch früher noch im Occident, als im Orient [23]). Erst im achten Jahrhundert ward in die Kapitularien der Fränkischen Könige das Gebot eingerückt, daß jede Ehe durch die priesterliche Einsegnung solennisirt werden müsse, wenn die sich Heyrathenden zuförderst über das Heyrathsgut einig geworden wären. Denn auch nach den Kapitularien soll keine Ehe sine dote geschlossen werden. Es wird dieses mehrmals in den Kapitularien wiederholt. So heißt es

1) *Lib. VI. Cap.* 133. [24]). Nullum *sine dote* fiat coniugium, nec sine publicis nuptiis quisquam nubere praesumat.

2) *Lib. eod. Cap.* 327. [25]). Ut Christiani ex propinquitate sui sanguinis connubia non ducant, nec *sine benedictione sacerdotis* nubere audeant.

3) *Lib. VI. Cap.* 408. wird das Nämliche wörtlich wiederholt [26]).

22) S. Boehmer iur. eccl. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 3. §. 24. Um jedoch einen bestehenden Concubinat in eine Ehe zu verwandeln, waren Dotalverträge schlechterdings nothwendig. *Nov. XII. c.* 4. *Nov. LXXXIX. cap.* 8.

23) Boehmer c. l. §. 25 et 26. Bingham Origines s. Antiquit. eccles. Vol. IX. Lib. XXII. Cap. 4. §. 3.

24) S. Baluzii Capitular. Regg. Francor. Tom. I. pag. 945.

25) Baluzius Tom. I. pag. 978.

26) Baluz. pag. 1003.

4) *Lib. VII. Cap.* 389.[27]). Sciendum est, omnibus, et firmiter retinendum, quod hi, qui uxores ducere voluerint, sicut eas castas et incorruptas cupiunt invenire, sic ad eas casti et incorrupti debent accedere, easque *cum benedictione sacerdotis*, sicut in sacramentario[28]) continetur, accipere. Sed prius eas *dotali titulo* debent conligare.

5) *Lib. VII. Cap.* 463.[29]). Decretum est, ut uxor legitime viro coniungatur. Aliter enim legitimum, ut a patribus accepimus, et a sanctis Apostolis eorumque successoribus traditum invenimus, non fit coniugium, nisi ab his, qui super ipsam feminam dominationem habere videntur, et a quibus custoditur, uxor petatur, et a parentibus propinquioribus sponsetur, et legibus dotetur, et suo tempore sacerdotaliter, ut mos est, cum precibus et oblationibus a sacerdote benedicatur.

6) In der *Additio IV. Capit.* 2.[30]) wird dieses sogar auch auf die Juden ausgedehnt, und ihnen dasselbe Gesetz vorgeschrieben. Illud tamen, heißt es daselbst, modis omnibus observandum fore praecipimus, ut si quis Christianus vel Christiana, aut Judaeus vel Judaea, noviter nuptiale festum celebrare voluerint, non aliter quam cum praemisso dotis titulo,

27) Baluz pag. 1108.

28) *Sacramentarium* ist das Kirchenbuch, worin die Liturgie vorgeschrieben ist. S. Dufresne Glossar. h. v.

29) Baluz pag. 1129.

30) Baluz pag. 1189 sq.

quo in Christianis salubri institutione praeceptum est, vel sacerdotali benedictione intra sinum sanctae Dei ecclesiae percepta, coniugium cuiquam ex his adire permittimus. Quod si absque benedictione sacerdotis quisquam Christianorum, vel Hebraeorum noviter coniugium duxerit, vel solemnitatem legis pro dotali titulo in quocunque transscenderit, aut centum Principi solidos coactus exsolvat, aut centum publice verberatus flagella suscipiat.

Im Orient war es der Kaiser Leo mit dem Beynamen der Weise, welcher die priesterliche Einsegnung zur Form und Gültigkeit der Ehe vorschrieb. Die Verordnung, welche er ums Jahr 893. deswegen bekanntmachte, ist die Novelle 89., welche die Ueberschrift hat: περὶ τοῦ τὰ συνοικέσια ἄνευ τῆς ἱερᾶς εὐλογίας μὴ ἐῤῥῶσθαι; i. e. *Ne matrimonia citra sacram benedictionem firma habeantur*. In der Constitution selbst heißt es: Quemadmodum adhibitis sacris deprecationibus adoptionem perfici praecipimus, sic sane etiam *sacrae benedictionis testimonio* matrimonia confirmari iubemus: adeo, ut, si qui citra hanc matrimonium ineant, id ne ab initio quidem ita dici, neque illos in vitae illa consuetudine matrimonii iure potiri velimus. Es scheint jedoch auch Leo mehr einen vernachläßigten Gebrauch, als etwas Neues, eingeführt zu haben. Es ergiebt sich dieses aus den Anfangsworten der angeführten Constitution, wo der Kaiser sagt: Quemadmodum adoptionem promiscue habitam neglexit vetustas; — ita et absolutam matrimonii constitutionem, dum id *citra jam receptam benedictionem* iniri sineret, neglexisse videtur; und dieses wird besonders durch die frühere Constitution des

Kaisers Basilius Macedo, ne quis clam *benedictionem* accipiat, et qui acceperit pariter, ac clericus benedicens, canonum poenis subiiciatur, bestätiget [31]). Es ist also ganz irrig, wenn einige [32]) den Ursprung der heutigen priesterlichen Einsegnung bey den Ehen aus den Novellen des Kaisers Leo herleiten, und hieraus ihre heutige Gültigkeit beweisen wollen [33]). Es war also nur Vorschrift des bürgerlichen Rechts, daß keine Ehe ohne priesterliche Einsegnung eingegangen werden sollte. Das Canonische Recht wagte es indessen nicht, die priesterliche Einsegnung als wesentliche Bedingung zur Schließung einer gültigen Ehe aufzustellen. Es schlug einen Mittelweg ein, der theils mit den bürgerlichen Gesetzen übereinstimmte, theils davon abwich. Auf der einen Seite mißbilligte es zwar heimlich geschlossene Ehen, und verlangte, daß die Ehen durch Benediction des Priesters im Angesicht der Kirche geschlossen werden sollten. Daher befinden sich auch fast alle jene Vorschriften der Kapitularien in Gra-

31) Sie befindet sich in Leunclavii Jur. Graec. Rom. Tom. I. pag. 87. Man vergleiche auch Harmenopulus *Manual. Legg.* Lib. IV. Tit. 4. §. ult. und das Scholium daselbst (in Supplem. Thes. Meerm. pag. 228 et 229.)

32) J. B. *Jo. Frid.* Olearius Pr. de valore Novellarum Leonis, quatenus cum statu Reipublicae nostrae conveniunt. *Lips.* 1708. §. 6. Adj. Beckii libro de Novellis Leonis, earumq. usu et auctorit. adiect. animadversion. edita a *Car. Frid.* Zepernick *Halae* 1779. 8. pag. 392—402.

33) S. *Car. Fr.* Zepernick Quibus ex causis Novellae Leonis Sap. in Germania receptae dici nequeant Conjecturae §. 17. adj. *Beckii* lib. cit. pag. 501 sqq. hat diese Meinung gründlich widerlegt.

tians Decrete [34]), nur nicht diesen, sondern Päbsten, zugeeignet, dem Evaristus [35]). Hormisda [36]), und Leo I. [37]). Ein Irrthum, zu welchem Burchard die Veranlassung gab, welcher, wie schon oben mehrmalen bemerkt worden, seinen Grund hatte, warum er nichts den Kapitularien zueignen wollte, sondern immer andern Urhebern andichtete [38]). Auf der andern Seite erkannte aber auch die Kirche den Grundsatz an, daß die Ehe schon durch die bloße Einwilligung geschlossen werde [39]), und blos wegen mangelnder Publicität nicht vernichtet werden könnte [40]). Diese Ansicht blieb auch während des ganzen Mittelalters die herrschende, und wurde selbst von den Päbsten bestätiget [41]). Im elften, zwölften und folgenden Jahrhun-

34) *Caus.* XXX. *Qu.* 5.

35) *Can.* 1. *cit. Caus. et Qu.*

36) *Can.* 2. *ibid.*

37) *Can.* 4. *ibid.*

38) S. Berardus ad Gratiani canones P. II. Cap. 42. p. 300. und Cap. 49. pag. 386 sq.

39) *Can.* 1—6. *Caus.* XXVII. *Qu.* 2. *Can.* 3. §. 1. *et can.* 9. Caus. XXX. Qu. 5.

40) S. *van* Espen brev. Commentar. in secund. Part. Decreti Grat. ad Caus. XXX. Qu. 5. Oper. a *Giberto* editor. Tom. VIII. pag. 101.

41) *Cap.* 9. 25. 30. 31. *X. de Sponsalib. Cap.* 2. *X. de Sponsalib. Cap.* 2. *X. de clandest. desponsat.* In dem letzteren Text sagt Alexander III. Si enim matrimonia ita occulte contrahuntur, quod exinde legitima probatio non appareat, ii, qui ea contrahunt, ab ecclesia non sunt aliquatenus compellendi. Verum si personae contrahentium voluerint publicare, nisi rationabilis caussa praepediat, ab ecclesia recipienda

derten bis auf die Zeiten des Tridentinischen Conciliums bestanden daher Ehen auch ohne alle kirchliche Feyerlichkeit, wenn nur die Eheleute einander ihre Einwilligung bestimmt erklärt hatten. Man ließ sogar matrimonia praesumta zu, wenn unter gültig Verlobten der Beyschlaf hinzugekommen war [42]). Die Vermuthung, daß der Beyschlaf in keiner andern Absicht geschehen sey, als um die Ehe dadurch zu vollziehen, war so stark, daß dagegen kein Beweis zugelassen ward [43]). Allein da aus dieser Unförmlichkeit der Ehen mancherley Unheil entstand, indem sie nicht nur den Concubinat begünstigte, sondern auch den Mißbrauch veranlaßte, daß diejenigen, die eine solche Ehe blos unter vier Augen geschlossen hatten, solche nachher abläugneten, um eine neue Ehe schließen zu können, weil es am Beweis fehlte; überdem bey heimlichen Ehen die denselben entgegenstehenden Hindernisse, besonders in den verbotenen Graden der Verwandtschaft, leicht unentdeckt bleiben konnten; zumal da man die Vorschrift des Lateranensischen Conciliums, daß alle Ehen vor ihrer Abschließung in der Kirche durch den Priester bekannt gemacht werden sollten [44]), zu vernachlässigen anfieng, und hierdurch die Aufsicht der Kirche

sunt et comprobanda, tanquam a principio in ecclesiae conspectu contracta. S. Boehmer ad hoc cap. not. 14. T. II. Corp. iur. canon. pag. 644. auch Ferd. Walter's Lehrbuch des Kirchenrechts. §. 188. S. 362.

42) S. Berardi Commentar. in ius eccles. univ. T. III. Diss. V. pag. 154.

43) *Cap.* 30. X. *de sponsal. et matrim.* S. den 23. Th. §. 1198. S. 64.

44) *Cap.* 3. X. *de clandest. desponsat.*

über die Ehen fast unmöglich gemacht wurde; so fand sich das Concilium zu Trient bewogen, über die Schließung der Ehen neue Bestimmungen festzusetzen. Es verordnet demnach, daß nicht nur der Ehe zu Folge des unter Innocenz III. gehaltenen Lateranensischen Conciliums ein dreymaliges Aufgebot vorhergehen solle, wodurch jeder aufgefordert wird, die ihm etwa bekannten Ehehindernisse gehörig anzuzeigen, sondern daß auch die Verlobten ihre eheliche Einwilligung vor ihrem Pfarrer und wenigstens zwey Zeugen erklären sollen. Es heißt nämlich *Sess. XXIV. Cap 1. de reformat. matrimon.* Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia, quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit: — nihilominus sancta Dei Ecclesia ex iustissimis causis illa semper detestata est, atque prohibuit. Verum cum sancta Synodus animadvertat, prohibitiones illas propter hominum inobedientiam iam non prodesse, et gravia peccata perpendat, quae ex eisdem clandestinis coniugiis ortum habent, praesertim vero eorum, qui in statu damnationis permanent, dum, priore uxore, cum qua clam contraxerant, relicta, cum alia palam contrahunt, et cum ea in perpetuo adulterio vivunt. Cui malo cum ab Ecclesia, quae de occultis non iudicat, succurri non possit, nisi efficacius aliquod remedium adhibeatur; idcirco sacri Lateranensis Concilii, sub *Innocentio* III. celebrati vestigiis inhaerendo praecipit, ut in posterum, antequam matrimonium contrahatur, ter a proprio contrahentium parocho tribus continuis diebus festivis in Ecclesia inter Missarum solem-

nia publice denuncietur, inter quos matrimonium sit contrahendum, quibus denunciationibus factis, si nullum legitimum opponatur impedimentum, ad celebrationem matrimonii in facie Ecclesiae procedatur; ubi parochus, viro et muliere interrogatis, et eorum mutuo consensu intellecto, vel dicat: *Ego vos in matrimoninm coniungo, in nomine Patris, et Filii, et Spiritus Sancti:* vel aliis utatur verbis iuxta receptum uniuscuiusque provinciae ritum. — *Qui aliter, quam praesente parocho, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu Ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos Sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat.* Diese Vorschrift des tridentinischen Conciliums macht nun das neueste Kirchenrecht der Katholiken aus, und die hier vorgeschriebene Form ist so wesentlich, daß ohne sie bey ihnen keine Ehe besteht. Es ist jedoch zur Erläuterung noch Folgendes zu bemerken.

1) Nur die Gegenwart, nicht die Einsegnung des Pfarrers wird zur Schliessung einer gültigen Ehe bey den Katholiken erfordert [45]). Die priesterliche Einsegnung ge-

45) Anderer Meinung ist zwar Leyser Meditat. ad Pandect. Vol. V. Specim. CCXCVIII. medit. 10. Allein diese irrige Meinung wird durch die deutlichen Worte des Trid. Conciliums, die allgemeine Lehre der Katholiken, und die notorische Praxis der katholischen Kirchen widerlegt, und ist daher mit Recht zu verwerfen. S. *Mich. God.* Wernher Lectiss. Commentat. in Pand. P. II.

hört nur zur feierlichen Vollziehung der Ehe, um dersel-ben Publicität zu verschaffen [46]).

2) Der Pfarrer und die Zeugen brauchen zwar nicht besonders, um der zu schließenden Ehe willen, erbeten zu seyn. Ihre bloße auch nur zufällige Gegenwart genügt auch wider ihren Willen [47]). Sie müssen aber doch zugleich gegenwärtig seyn [48]). Ueber die Eigenschaft der Zeugen bestimmt zwar das Concilium nichts; sie müssen aber doch die Eigenschaften besitzen, daß sie verstehen, und auch wieder aussagen können, was vor ihnen geschehen ist. Sie dürfen also nicht blind, auch nicht betrunken seyn [49]). Da jedoch die Vorschrift den Zweck hat, einen sichern Beweis über die Absicht der Contrahenten zu erlangen, so sollten die Zeugen auch keine solche seyn, welche das Canonische Recht zur Ablegung eines Zeugnisses für ganz untüchtig erklärt; also auch keine Frauenspersonen [50]); dennoch behaupten die Kirchenrechts-

§. 20. Müller Observat. pract. ad Leyserum Tom. III. Fasc. I. Obs. 525. und Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Katholiken §. 530. S. 692.

46) Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 60. sagt: *Ad solennitates arbitrarias benedictio sacerdotalis refertur.* S. auch Michl Kirchenrecht. §. 80. S. 356.

47) Berardus c. 1. Diss. V. pag. 158. Auch sogar die Weigerung des Pfarrers wird für gleichgültig gehalten, wovon Wiese im Handbuch des Kirchenrechts 2. Th. §. 286. einen merkwürdigen Fall erzählt.

48) S. van Espen Iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XII. Cap. V. §. 23. Pehem Praelect. in ius eccles. P. II. §. 506.

49) S. Michl Kirchenrecht §. 80. S. 358.

50) *Can.* 17. *C. XXXIII. Qu.* 5. Mulier nec testis esse, nec fidem dare potest. *Cap.* 10. *X. de Verb. Signif.*

lehrer [51]) durchgehends, auf die Qualität der Zeugen sey hier keine weitere Rücksicht zu nehmen, sie seyen Manns- oder Frauenspersonen, Minderjährige oder Großjährige, auch die nächsten Blutsfreunde, und überhaupt solche, welche auch sonst nicht omni exceptione maiores sind, sogar Excommunicirte, seyen hier, als Zeugen, für zulässig zu halten, damit nicht leicht unter dem Vorwande, die Zeugen seyen untüchtig gewesen, die Gültigkeit der Ehe angefochten werden möchte. Die Gegenwart des Pfarrers scheint hier den Mangel der Eigenschaft der Zeugen zu ergänzen, als welcher eigentlich im Namen der Kirche als Zeuge, gegenwärtig ist.

3) Es muß der eigene Pfarrer gegenwärtig seyn, und als ein solcher wird derjenige angesehen, in dessen Pfarrey die Verlobten ihren Wohnsitz haben. Sind sie in verschiedenen Parochien eingepfarret, so ist die Gegenwart eines der beyden Pfarrer hinreichend, und es ist in diesem Falle gleichviel, ob es der Pfarrer der Braut oder des Bräutigams ist. Doch wird gewöhnlich, um der Anständigkeit willen, dem Pfarrer der Braut der Vorzug

Nam varium et mutabile testimonium semper foemina producit.

51) S. *van* ESPEN c. l. §. 24. *Franc.* SCHMIER Iurispr. canon. civ. Tom. III. Lib. IV. Tract. III. Cap. 5. Sec. IV. §. 3, pag. 126. BERARDUS c. l. RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 69. EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 364. pag. 309. nr. 7. PEHEM Praelect. c. l. §. 506. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 103. Not. Schenkl Institut. iuris eccles. Germ. P. II. §. 638. Not. **. GAMBSJÄGER ius eccles. Tom. II. §. 237. nr. II. pag. 495.

hört nur zur feierlichen Vollziehung der Ehe, um derselben Publicität zu verschaffen [46].

2) Der Pfarrer und die Zeugen brauchen zwar nicht besonders, um der zu schließenden Ehe willen, erbeten zu seyn. Ihre bloße auch nur zufällige Gegenwart genügt auch wider ihren Willen [47]. Sie müssen aber doch zugleich gegenwärtig seyn [48]. Ueber die Eigenschaft der Zeugen bestimmt zwar das Concilium nichts; sie müssen aber doch die Eigenschaften besitzen, daß sie verstehen, und auch wieder aussagen können, was vor ihnen geschehen ist. Sie dürfen also nicht blind, auch nicht betrunken seyn [49]. Da jedoch die Vorschrift den Zweck hat, einen sichern Beweis über die Absicht der Contrahenten zu erlangen, so sollten die Zeugen auch keine solche seyn, welche das Canonische Recht zur Ablegung eines Zeugnisses für ganz untüchtig erklärt; also auch keine Frauenspersonen [50]; dennoch behaupten die Kirchenrechts-

§. 20. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. III. Fasc. I. Obs. 525. und Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Katholiken §. 530. S. 692.

46) RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 60. sagt: *Ad solennitates arbitrarias benedictio sacerdotalis refertur.* S. auch Michl Kirchenrecht §. 80. S. 356.

47) BERARDUS c. l. Diss. V. pag. 158. Auch sogar die Weigerung des Pfarrers wird für gleichgültig gehalten, wovon Wiese im Handbuch des Kirchenrechts 2. Th. §. 286. einen merkwürdigen Fall erzählt.

48) S. van ESPEN Iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XII. Cap. V. §. 23. PEHEM Praelect. in ius eccles. P. II. §. 506.

49) S. Michl Kirchenrecht §. 80. S. 358.

50) *Can.* 17. *C. XXXIII. Qu.* 5. Mulier nec testis esse, nec fidem dare potest. *Cap.* 19. *X. de Verb. Signif.*

lehrer[51]) durchgehends, auf die Qualität der Zeugen sey hier keine weitere Rücksicht zu nehmen, sie seyen Manns- oder Frauenspersonen, Minderjährige oder Großjährige, auch die nächsten Blutsfreunde, und überhaupt solche, welche auch sonst nicht omni exceptione maiores sind, sogar Excommunicirte, seyen hier, als Zeugen, für zulässig zu halten, damit nicht leicht unter dem Vorwande, die Zeugen seyen untüchtig gewesen, die Gültigkeit der Ehe angefochten werden möchte. Die Gegenwart des Pfarrers scheint hier den Mangel der Eigenschaft der Zeugen zu ergänzen, als welcher eigentlich im Namen der Kirche als Zeuge, gegenwärtig ist.

3) Es muß der eigene Pfarrer gegenwärtig seyn, und als ein solcher wird derjenige angesehen, in dessen Pfarrey die Verlobten ihren Wohnsitz haben. Sind sie in verschiedenen Parochien eingepfarret, so ist die Gegenwart eines der beyden Pfarrer hinreichend, und es ist in diesem Falle gleichviel, ob es der Pfarrer der Braut oder des Bräutigams ist. Doch wird gewöhnlich, um der Anständigkeit willen, dem Pfarrer der Braut der Vorzug

Nam varium et mutabile testimonium semper foemina producit.

51) S. *van* Espen c. l. §. 24. *Franc.* Schmier Iurispr. canon. civ. Tom. III. Lib. IV. Tract. III. Cap. 5. Sec. IV. §. 3. pag. 126. Berardus c. l. Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 69. Eybel Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 364. pag. 309. nr. 7. Pehem Praelect. c. l. §. 506. *Ant.* Schmidt Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 103. Not. Schenkl Institut. iuris eccles. Germ. P. II. §. 638. Not. **. Gambsjäger ius eccles. Tom. II. §. 237. nr. II. pag. 495.

gegeben [52]. Hat Jemand in einer Parochie zwar keinen beständigen Wohnsitz aufgeschlagen, er hält sich aber daselbst gewisser Geschäfte wegen eine nicht kurze Zeit auf, und hat daher an diesem Orte einen zeitigen Wohnsitz genommen, welchen man ein Quasi domicilium zu nennen pflegt; so kann er auch vor dem Pfarrer dieses Orts eine gültige Ehe schließen [53]. Hat einer der Verlobten an zwey verschiedenen Orten ein Domicilium [54]; so genügt die Gegenwart desjenigen Pfarrers, in dessen Pfarrey sich die Verlobten zur Zeit der Schließung der Ehe befinden [55]. Vagabunden, die nirgends einen Wohnsitz haben, können zwar ihre Ehen vor jedem Pfarrer schließen, in dessen Parochie sie sich zu der Zeit aufhalten. Nach der Vorschrift des Tridentinischen Conciliums muß jedoch dieser Pfarrer zuvor über den Zustand solcher Personen eine genaue Nachforschung anstellen, ob sie etwa noch in einer rechtmäßigen Ehe leben, und ihren Ehegatten verlassen haben; er soll auch seinem Bischof darüber Bericht erstatten, und von diesem die Erlaubniß dazu erhalten [56].

52) S. *van* Espen l. c. §. 5 et 6. Berardus c. l. Diss. V. pag. 156. Riegger c. l. §. 68. Eybel c. l. pag. 308. nr. 1. Pehem c. l. §. 504.

53) Espen c. l. §. 7. Berardus c. l. pag. 157. Gambsjäger iur. eccl. §. 237.

54) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 512. S. 270.

55) Riegger c. l. Pehem c. l.

56) *Conc. Trid. Sess. XXIV. Cap. 7. de Reformat. matrim.* Multi sunt, qui vagantur, et incertas habent sedes, et ut improbi sint ingenii, prima uxore relicta, aliam et plerumque plures, illa vivente, diversis in locis ducunt. Cui morbo cupiens sancta Synodus occurrere, omnes, ad quos spectat, paterne monet,

Den parochus proprius bestimmt jedoch nicht blos der Ort, wo die Brautleute wohnen, sondern auch vorzüglich das Amt und die Religion. Der eigene Pfarrer des Brautpaars kann also nur der seyn, welcher ihr Seelsorger ist, folglich ein katholischer Pfarrer. Denn katholische Brautleute können nur zur Parochie eines katholischen Pfarrers gehören. Diversae religioni addicti, licet intra parochiam commorantes, sagt Böhmer[57], parochiani non sunt. Daher ist eine solche Ehe ungültig, welche an einem Orte, wo das tridentinische Concilium angenommen ist, vor einem protestantischen Pfarrer ist geschlossen worden. Es ist dieses nicht nur die gemeine Meinung der Canonisten[58], sondern eben dieses ist auch durch eine Verordnung des Pabsts Benedict XIV. vom 4. Nov. 1741. sanctionirt worden[59]. Nach einer declaratio congregat. Cardinalium Trid. vom 19. Jan. 1605. ist jedoch der Fall ausgenommen, wenn kein katholischer Geistlicher zu haben, und daher die Erfüllung der tridentinischen Verordnung unmöglich wäre[60]. Ausser diesem Falle muß die vor einem protestantischen Pfarrer geschlossene Ehe vor einem katholischen Pfarrer erneuert

ne hoc genus hominum vagantium ad matrimonium facile recipiant: magistratus etiam saeculares hortatur, ut eos severe coërceant. Parochis autem praecipit, ne illorum matrimoniis intersint, nisi prius diligentem inquisitionem fecerint, et, re ad Ordinarium delata, ab eo licentiam id faciendi obtinuerint.

57) Princip. iuris canon. §. 144. in fin.

58) S. Michl's Kirchenrecht. §. 80. S. 361. f.

59) Benedictus *XIV. de synodo dioecesana.* Lib. VI. cap. 7

60) Michl a. a. O. S. 362. f.

werden. Nach einer declaratio Congregat. Concilii vom 16. Febr. 1595. soll sogar eine Ehe unter Katholiken in dem Falle, da gar kein Pfarrer zu haben wäre, auch ohne Pfarrer blos vor zwey Zeugen gültig geschlossen werden können [61]. Man behauptet übrigens, daß es der Gültigkeit der Ehe unnachtheilig sey, wenn auch der Pfarrer, vor welchem sie geschlossen wird, suspendirt, oder wohl gar excommunicirt seyn sollte [62]. Die Stelle des eignen Pfarrers kann auch ein anderer Priester vertreten, wenn er von jenem oder von dem Bischof den Auftrag dazu erhalten hat [63]. Auch gilt der Bischof selbst, unter welchem der eigene Pfarrer steht, als der competente Pfarrer für Brautleute, die in seiner Diöces ihren Wohnsitz haben [64].

4) Auf den Ort, wo die Ehe geschlossen wird, kommt es nicht an. Daher kann der Pfarrer auch in einer fremden Parochie, selbst ohne die Einwilligung des fremden Pfarrers, seinen Parochianen bey Schließung ihrer Ehe gültig assistiren. Denn die Assistenz des Pfarrers ist kein Act der Jurisdiction, sondern wird als eine bloße

61) Schenkl Instit. iuris eccles. Germ. P. II. §. 638. not. 3. in fin. pag. 766. Boehmer Commentar. in Decretal. Lib. IV. Tit. 3. n. 30.

62) *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 68. *Ant.* Schmidt Institut. iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 103. not. Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 505. Schenkl c. l. not. **.

63) Z. *van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XII. Cap. 5. §. 20. 21. 22.

64) Pehem c. l. §. 505.

Pastoralhandlung angesehen, so wie die Verwaltung anderer Sacramente [65].

5) Wenn ein Pfarrer ohne die gehörige Zahl von Zeugen, oder wenn Zeugen zwar in gehöriger Zahl, aber ohne die Gegenwart eines Pfarrers, der Schliessung einer Ehe beywohnen, so sollen diese sowohl, als die Contrahenten selbst, ausserdem, daß die Ehe der letztern nichtig ist, von dem Bischof bestraft werden [66].

6) Der Pfarrer soll die vor ihm geschlossene Ehe in ein Buch eintragen, und darin den Namen der Eheleute, und der Zeugen, so wie den Tag und Ort der geschlossenen Ehe bemerken, und dieses Buch sorgfältig bey sich verwahren [67].

Bey den Protestanten gehört die priesterliche Einsegnung oder Trauung zur wesentlichen Form der Ehe, so daß der Eheconsens auf keine andere Art gültig erklärt werden kann, als unter der Feyerlichkeit dieser Handlung [68].

65) S. *van* Espen l. c. §. 17. Riegger c. l. §. 68. Eybel Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 364. pag. 308. nr. 4.

66) *Concil. Trid. Sess. XXIV. Cap.* 1. *de Reform. matrim.* Insuper parochum, vel alium sacerdotem, qui cum minore testium numero, et testes, qui sine parocho, vel sacerdote huiusmodi contractui interfuerint, nec non ipsos contrahentes graviter arbitrio Ordinarii puniri praecepit.

67) *Conc. Trid.* c. l. Habeat parochus librum, in quo coniugum et testium nomina, diemque et locum contracti matrimonii describat, quem diligenter apud se custodiat.

68) Carpzov Iurispr. eccles. Lib. II. Tit. 8. Def. 142. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 3.

Deswegen ist aber doch auch bey den Protestanten die Trauung kein so wesentliches Stück der Ehe, daß nicht diese Form durch Dispensation [69]) oder durch die Gesetze des Staats abgeändert werden könnte [70]). An sich ist es daher nicht unrichtig, wenn Hommel [71]) die Trauung einen ritus ex sententia Protestantium arbitrarius nennt, welche nach dem Rechte eines jeden Landes zu beurtheilen ist. Er behauptet daher auch mit Recht, daß Eheleute, die von Holland oder solchen Orten her, wo die priesterliche Einsegnung nicht gewöhnlich ist, nach Deutschland sich begeben, keineswegs genöthiget werden können, sich noch erst trauen zu lassen [72]). So dachte auch schon Luther [73]), wenn er sagt: „So manches

§. 39 — 45. *Sal.* Deyling Institut. prud. pastoral. P. III. Cap. VII. §. 13. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 349. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. 6. B. §. 561.

69) Boehmer iur. eccles. protestant. c. l. §. 46. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. IX. Specim. DLXXXV. medit. 19. Robert angef. Abh. S. 185. Es dürfen aber doch durch eine solche Dispensation nicht wohlerworbene Rechte Anderer verletzt werden, die dabey interessirt sind. *Arg. L.* 38. *et* 39. *D. de adopt.* S. Schweppe röm. Privatrecht §. 1. der 3. Ausgabe.

70) Boehmer c. l. §. 42. So z. B. wird in Holland die Trauung zur rechtlichen Schließung einer Ehe nicht erfordert, sondern die Ehe ist gültig, wenn die Eheleute ihren Eheconsens vor der Obrigkeit erklärt, und sich ins Ehebuch haben einschreiben lassen.

71) *Car. Ferd.* Hommel Epitome iuris sacri Cap. LIII. §. 21.

72) Cit. loc. not. b. und Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 409. nr. 5.

73) S. desselben Traubüchlein in der Vorrede.

Land, so manche Sitten, sagt das gemeine Sprüchwort. Demnach weil die Hochzeit und Ehestand ein weltlich Geschäft ist, gebührt uns Geistlichen oder Kirchendienern nichts darin zu ordnen oder zu regieren, sondern lassen einer jeglichen Stadt und Lande hierin ihren Brauch und Gewohnheit, wie sie gehen. — Aber so man von uns begehrt, für der Kirchen oder in der Kirchen sie zu segnen, über sie zu beten, oder auch zu trauen, sind wir schuldig, dasselbe zu thun." Unserm guten Luther schien also die Gültigkeit der Ehe von der Trauung nicht schlechterdings abzuhangen, er hielt sie blos darum für löblich, damit das junge Volk, wie er hinzusetzt, den Ehestand lerne mit Ernst ansehen, und in Ehren halten, als ein göttlich Werk und Gebot, und nicht so schimpflich dabey seine Narrheit treibe mit Lachen, Spotten, und dergleichen Leichtfertigkeit, so man bisher gewohnt hat, gerade als wäre es ein Scherz oder Kinderspiel ehelich zu werden, oder Hochzeit zu machen. Die es zum ersten gestiftet haben, daß man Braut und Bräutigam zur Kirchen führen soll, habens wahrlich für keinen Scherz, sondern für einen großen Ernst angesehen; denn es kein Zweifel ist, sie haben damit den Segen Gottes und gemein Gebot holen, und nicht eine Lächerey oder heidnisch Affenspiel treiben wollen." Ganz anders, als Luther, sahe Benedict Carpzov[74]) die Nothwendigkeit der Trauung an. Ihm scheint sie ein Institut göttlicher Anordnung zu seyn, welches von Christo im neuen Testament bestätiget worden, und darum nicht unterlassen werden dürfe. Mit Recht sagt nun zwar Böhmer[75]): Crassiori sane philosophia uti non potuisset Car-

74) Iurispr. consistor. Lib. II. Tit. 8. Def. 142.

75) Cit. loc. §. 40. in fin. Tom. III. pag. 1289.

rzovius, qua Dei vicarios sacerdotes constituit, consentitque, horum opera intermedia Deum copulare desponsatos: id quod si verum est, adeo absolutae necessitatis est *sacerdotalis copula*, ut pessime olim inter Christianos, maxime tempore Justiniani, fuerit omissa, nec hodie principes constituere possint, ut ea in posterum negligeretur. Es scheint aber doch vielleicht dem großen Ansehen eines Carpzovs zuzuschreiben zu seyn, daß man in allen deutschen Kirchenordnungen die Trauung als nothwendig vorschrieb. Man zweifelte nun an der Nothwendigkeit derselben um so weniger, da auch das gemeine canonische Recht die Einsegnung des Priesters für so nothwendig erklärt, daß ohne dieselbe keine gültige Ehe bestehen könne[76]. Dem Einwurfe des Joh. Phil. Odelem[77], die priesterliche Einsegnung sey eine Reliquie des Ehesacraments, welche von den Päbsten blos zur Erweiterung ihrer geistlichen Herrschaft, und um alle Ehesachen, auch selbst der Fürsten und Könige, vor ihr geistliches Gericht zu ziehen, eingeführt sey, ist schon von Michael Heinr. Griebner[78] begegnet worden. Die Kirchen- und weltlichen Gesetze, welche die Trauung vorschreiben, gedenken des Ehesacraments mit keinem Worte, und waren auch wohl

76) *Can.* 1. *Caus.* XXXII. *Qu.* 5. *Can.* 19. *C.* XXXV. *Qu.* 2. *et* 3. S. *Henr. Christ.* Hochmann Comm. de benedictione nuptiarum. Cap. VI. §. 5.

77) Exerc. acad. de reliquiis sacramenti in matrimonialibus, dirig. *Jo. Sam.* Stryk hab. et denuo edita *Halae* 1706. 4. Cap. III. §. 3.

78) Diss. de his, quae ex iure Protestantium matrimoniali ad reliquias sacramenti perperam referuntur. *Vitemb.* 1715. §. 25.

zum Theil älter, als die Lehre vom Sacrament der Ehe [79]).

Da die Grundsätze des katholischen und protestantischen Kirchenrechts in Ansehung der Form der Ehe so sehr von einander abweichen, so entsteht noch die Frage, welche Form in dem Falle zu beobachten sey, wenn die Personen, welche eine Ehe schließen wollen, verschiedener Religion sind? Da jeder Theil nach den Grundsätzen seiner Kirche zu beurtheilen ist, so kann wohl die bloße Erklärung des Eheconsenses vor dem katholischen Pfarrer und zwey Zeugen nicht für hinreichend gehalten werden. Es muß also noch die Trauung hinzukommen, weil nach den Grundsätzen des protestantischen Kirchenrechts die Ehe anders nicht gültig ist [80]). Ob übrigens in einem solchen Falle die Trauung von einem evangelischen, oder katholischen Pfarrer geschieht, ist gleichgültig. Hierin stimmen jetzt alle Rechtsgelehrte, katholische und protestantische, mit einander überein [81]).

Ist nun eine Ehe unter Christen nach Vorschrift der Kirchengesetze geschlossen worden, so wird sie *matrimonium*

79) S. Gundlingiana. Stück X. Nr. III. §. 14. et 15.

80) Wiese im Handbuch des gemeinen in Teutschl. üblichen Kirchenrechts. 3. Th. 2. Abth. §. 495. S. 175. hält jedoch Eines von Beyden für genügend.

81) Vergl. *J. H.* Boehmeri ius paroch. Sect. IV. Cap. III. §. 13. Schnaubert's Beyträge zum deutschen Staats- und Kirchenrechte. (Gießen 1782.) Nr. I. §. 4. S. 12. Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 507. Not. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles P. IV. §. 75. et 76. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 6. B. §. 561. S. 149. f. und *Ant.* Schmidt Institutiones iuris eccles. Germ. Tom. II. §. 104.

ratum, eine kirchlich gültige Ehe, genennt. Ist sie aber blos nach den Vorschriften der bürgerlichen Gesetze eingegangen, es sey nun entweder unter Nichtchristen, oder auch unter Christen, in sofern nach den Gesetzen ihres Orts eine Ehe, ohne kirchliche Förmlichkeit, vor der weltlichen Obrigkeit gültig geschlossen werden kann, so nennt man eine solche Ehe ein *matrimonium legitimum* et non ratum. Sind bey einer Ehe zwar die Vorschriften der Kirchengesetze, aber nicht die der bürgerlichen Gesetze beobachtet worden, wie z. B. bey einer Mißheyrath, oder Ehe zur linken Hand, so wird sie *matrimonium ratum et non legitimum*, und wenn die Vorschriften beyder Gesetze befolgt sind, *matrimonium ratum et legitimum simul* genennt. Der Urheber dieser Distinction scheint Gratian zu seyn[82]. Dieser sagt nämlich zum *can.* 17. *Caus. XXVIII. Qu.* 1. Coniugium aliud est legitimum et non ratum, aliud ratum et non legitimum, aliud legitimum et ratum. *Legitimum coniugium* est, quod legali institutione, vel provinciae moribus contrahitur. Hoc inter infideles ratam non est, quia non est firmum et inviolabile coniugium eorum. Dato enim libello repudii, licet eis recedere ab invicem, et aliis copulari lege fori, non lege poli, quam non sequuntur. Inter fideles vero *ratum coniugium* est, quia coniugia semel inita inter eos, ulterius solvi non possunt. Horum quaedam sunt *legitima*, veluti cum uxor a parentibus traditur, a sponso dotatur, et a sacerdote benedicitur. Haec talia coniugia *legitima et rata* appellantur. Illorum vero coniugia, qui, contemtis omnibus illis

82) S. Boehmer in nota 21. ad cit. can. 17. Tom. I. Corp. iur. canon. pag. 936.

solennitatibus, solo affectu aliquam sibi in coniugem copulant, huiusmodi coniugium *non legitimum*, sed *ratum tantummodo* esse creditur. Der Pabst Innocenz III. sanctionirte sie *cap.* 7. X. *de divortiis*, wo er sagt: Nam etsi matrimonium *verum* (*legitimum* sc. quod effectus civiles habet) inter infideles existat, non tamen est ratum: inter fideles autem verum et ratum: quia sacramentum fidei, quod semel est admissum, nunquam amittitur, sed ratum efficit coniugii sacramentum, ut ipsum in coniugibus illo durante perduret. Und so ist denn diese Eintheilung auch in die Lehrbücher des Kirchenrechts aufgenommen worden, welche wenigstens von den Protestanten [83]) hätte verworfen werden sollen, da bey ihr die Idee des Ehesacraments zum Grunde liegt [84]). Denn man setzt ja katholischer Seits das Wesen eines matrimonii rati darin, quod ei sacramenti dignitas et virtus insit, in matrimonio autem legitimo ratio sacramenti deficiat [85]). Diese Eintheilung kann also für Protestanten, welche die Lehre vom Sacrament der Ehe verwerfen, um so weniger einigen practischen Werth haben, da selbst der Pabst Innocenz III. [86])

83) Sie steht auch in Boehmeri Princip. iuris canon. §. 330. et 351.

84) S. Carl Wilh. Robert's rechtliche Gedanken über den Begriff der Ehe. §. 16. Not. 114. S. 108.

85) S. Gonzalez Tellez Commentar. ad cap. 2. X. de convers. conjugator. Tom. III. pag. 682. nr. 5. *Zeg. Bern. van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XII. Cap. IV. §. 5. *Car. Seb.* Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. I. Qu. 1. p. 15.

86) *Cap.* 8. X. *de divort.*

sagt: coniugii sacramentum apud fideles et infideles existere, sey es auch nur, wie Alteserra [87]) diesen Ausspruch versteht, im uneigentlichen Sinn gesagt, propter spem et promissionem conversionis gentium.

Zuweilen wird eine Ehe, die wirklich nicht geschlossen ist, in Absicht auf die bürgerlichen Wirkungen durch richterliches Erkenntniß zum Vortheil der Braut und ihres Kindes für gesetzmäßig geschlossen erklärt. Dieß ist der Fall, wenn zu dem gültigen Eheverlöbniß der Beyschlaf hinzugekommen, und entweder wegen der böslichen Entweichung des Bräutigams, oder wegen beharrlicher Verweigerung desselben, die Ehe zu vollziehen, die Trauung nicht erfolgen kann [88]). Böhmer [89]) führt dieses als ein Beyspiel eines matrimonii legitimi et non rati inter Protestantes an. Man rechnet auch noch den Fall hierher, wenn wegen erfolgten Todes des Bräutigams die priesterliche Einsegnung nicht möglich ist. Wie weit sich aber hier die Wirkung des richterlichen Urtheils erstrecke, wird nicht von allen auf gleiche Art entschieden. Einige [90]) meinen, die Ehe werde hier blos zu Gunsten des Kindes für legitim erklärt, so daß das mit der Braut erzeugte Kind für ein rechtmäßiges und erbfähiges Kind zu halten

87) Innocentius III. ad cit. cap. 8. X. de divort. pag. 528.

88) S. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 392 a. E.

89) Princip. iur. canon. §. 352.

90) *G. L.* Boehmer c. l. Lobethan Einleitung zur theoret. Eherechtsgelahrtheit. 2. Th. 1. B. 4. Abschn. §. 4. und 5. Schott Eherecht. §. 150. Thibaut Syst. des Pand. Rechts 1. Th. §. 416 a. E.

sey. Andere [91]) hingegen behaupten, daß auch die Braut eben die Rechte und Vortheile dadurch erlange, als ob sie mit ihrem Bräutigam noch vor seinem Tode wäre getrauet worden. Nach der Theorie ist freylich das eine so zweifelhaft, als das andere. Denn nachdem einmal durch eine allgemeine Gewohnheit die priesterliche Einsegnung zu einer gesetzlich gewordenen Form der Ehe erhoben ist, ohne welche bey den Protestanten in der Regel keine Ehe gültig und wirklich geschlossen werden kann; so kann der Beyschlaf unter Verlobten weder eine Ehe mehr an sich bewirken, und die Kinder mehr zu legitimen machen [92]), noch den Richter berechtigen, die Ehe, wenn sie durch die Trauung nicht vollzogen werden kann, durch sein Urtheil für legitim zu erklären, weil nicht dem Richter, sondern nur dem Landesherrn das Dispensationsrecht zusteht [93]). Noch muß ich bemerken, daß man in dem Falle, wenn die Verlobung wegen des Ungehorsams des Bräutigams durch richterliches Erkenntniß in eine wirkliche Ehe verwandelt worden, die Copulation in der Folge doch noch für nöthig halten will, wenn sich der Ungehorsame wieder einfindet [94]). Allein hat man einmal in der Praxis den Grundsatz gelten lassen, daß wegen des Ungehorsams des Bräutigams die Ehe in Absicht auf die bürgerlichen Wirkungen derselben durch richterliches Erkenntniß zum Vortheil der Braut

91) *Frid. Es. a* Pufendorf Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 245. Hofacker c. l.

92) S. den 2. Th. dieses Commentars. §. 116 b. S. 113.

93) S. Robert's rechtliche Gedanken über den Begrif der Ehe und die Art ihrer Stiftung im Protest. Teutschlande. 2. Abth. §. 5. 3. Abth. §. 8 und 9.

94) Boehmer Princ. iur. canon. §. 352 a. E.

und ihres Kindes für gesetzmäßig erklärt werden könne; so ist nicht einzusehen, warum die Trauung doch noch erfolgen müsse, wenn sie nicht etwa von beyden Theilen nachher noch um der Schicklichkeit willen verlangt wird [95]).

§. 1221.

Priesterliche Einsegnung [96]).

Die **priesterliche** Einsegnung, Trauung, Copulation, ist nun bey den Protestanten diejenige religiöse Handlung, da zwey Verlobte, nachdem sie von dem diese Handlung verrichtenden Prediger befragt, den Eheconsens einander erklärt haben, unter Gebet, und vorgeschriebener liturgischer Feyerlichkeit zusammen gegeben, und für Eheleute erklärt werden. So wird durch eine und dieselbe Handlung bey den Protestanten die Ehe geschlossen, und feyerlich vollzogen. Bey den Katholiken ist sie eine von der Schließung der Ehe verschiedene Handlung, wodurch der Priester die Ehe unter Gebet und liturgischer Feyerlichkeit mit der ausgesprochenen Formel: Ego vos in matrimonium coniungo, in nomine Patris, et

95) S. Roberts angef. Schrift. 3. Abth. §. 9. S. 201 f.

96) *Henr. Christph.* Hochmann Commentat. de benedictione nuptiarum. *Altdorfii* 1685. 4, *Sam.* Schellwig Exercit. histor. eccles. de antiquitate consecrationis nuptialis. *Gedani* 1689. *Jo. Frid.* Kaiser Origines benedictionis sacerdotalis. *Giessae* 1735. Joh. Christ. Conr. Schröter von der priesterlichen Einsegnung neuer Eheleute; in desselben vermischten jurist. Abhandlungen. 2. Band. S. 274. ff. und Gottfr. Benjam. Eisenschmid Geschichte der vornehmsten Kirchengebräuche der Protestanten. (Leipzig 1795. 8.) S. 454. ff.

Filii, et Spiritus sancti, für gesetzmäßig geschloßen erklärt [97]. Die ganze Handlung hat die Gestalt einer Meße, so wie sie in dem Missalbuche der römischen Kirche vorgeschrieben ist, und wird die Brautmesse genennt [98]. Zur Gültigkeit der Ehe wird sie aber nicht so, wie bey den Protestanten, erfordert, sondern gehört ad solennitates matrimonii arbitrarias, wodurch die Ehe feyerlich vollzogen wird [99]. Es ist daher unrichtig, wenn Hellfeld sagt, die Einsegnung sey fast bey allen christlichen Völkern, vorzüglich aber in Teutschland, so nothwendig, daß deren Unterlaßung die eheliche Verbindung nicht nur unerlaubt, sondern auch ungültig mache [100]. Die Trauung kann nur von einem ordinirten Geistlichen, und zwar von einem ordinirten Priester, verrichtet werden. Da nach dem canonischen Recht die Priesterweihe, als ein Sacrament, einen unauslöschlichen Character giebt, so wird auch die von einem abgesetzten katholischen Priester verrichtete Trauung für gültig gehalten [1]. Allein das protestantische Kirchenrecht verwirft

97) *Concil. Trid. Sess. XXIV.* Cap. I. *de reformat. matrim.* S. Hochmann Commentat. cit. de benedict. nuptiar. Cap. V. §. 35.

98) *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurispr. eccles. P. IV. §. 60 et 61. Die Benedictions-Formeln aus dem Rituali Romano führt Hochmann c. l. Cap. V. §. 22. an.

99) Riegger c. l. §. 60. Schott Eherecht. §. 162.

100) S. *Maur.* Schenkl Institut. iuris eccles. P. II. §. 650. und Robert's angef. rechtliche Gedanken 2. Abthl. §. 3.

1) S. *Georg. Lud.* Boehmeri Progr. de copulae sacer-

diesen Satz mit Recht, und erklärt die von einem abgesetzten Prediger verrichtete Trauung für ungültig [2]). Die Trauung muß aber sowohl nach dem katholischen als protestantischen Kirchenrechte von dem competenten Pfarrer geschehen. Dafür ist aber derjenige zu halten, in dessen Parochie die Verlobten wohnen. Wohnen sie in verschiedenen Pfarrdistricten, so trauet in der Regel der Pfarrer der Braut. Bey den Protestanten ist dieses außer Zweifel [3]). Die Katholiken richten sich nach dem Tridentinischen Concilium. Nun ist zwar die Competenz des Pfarrers darin nicht deutlich bestimmt, sondern es heißt nur: sancta Synodus statuit, benedictionem *a proprio parocho* fieri. Allein aus den vorhergehenden Worten: Praeterea eadem sancta Synodus hortatur, ut coniuges ante benedictionem sacerdotalem, in templo suscipiendam, in eadem domo non cohabitent, läßt sich mit Grund schließen, daß nach der Absicht des Conciliums die Trauung, des Wohlstandes wegen, in der Parochie der Braut geschehen solle. Soll ein anderer Pfarrer die Trauung verrichten, so muß es entweder mit Einwilligung des ordentlichen Pfarrers, oder vermöge erhaltener Dispensation geschehen, welche bey den Katholiken der Bischof, bey den Protestanten aber das

dotalis a deposito clerico furtim impetratae iniusto favore. *Goett.* 1745. §. III.

2) *Car. Ferd.* Hommel Epitome iuris sacri. Cap. LIII. §. 22. Wiese Handbuch des Kirchenrechts 3. Th. 1. Abth. §. 422. S. 407.

3) Boehmer iur. paroch. Sect. IV. Cap. III. §. 11. *Sal.* Deyling Institut. prud. pastoral. P. III. Cap. VII. §. 21. Hommel c. l. Wiese a. a. O.

Consistorium ertheilt [4]). In einem solchen Falle müssen denn aber auch die Verlobten dem Pfarrer des dritten Orts ein Zeugniß beybringen, daß sie gehörig aufgeboten worden, und kein Einspruch geschehen sey [5]). Es müssen auch dem ordentlichen Pfarrer die Traugebühren bezahlt werden [6]). Hätten sich die Verlobten ohne erhaltene Erlaubniß von einem fremden Pfarrer trauen lassen, so ist die Ehe zwar deswegen nicht ungültig; allein beyde, der incompetente Pfarrer, und die Getrauten werden nach Befinden gestraft [7]). Die Trauung muß nun der Regel nach in der Kirche geschehen. Hauscopulationen sind eine Ausnahme von der Regel, und finden nur vermöge erhaltener Dispensation oder im Nothfalle Statt [8]). Da jedoch die Trauung nur zur Form und Feyerlichkeit der Ehe erfordert wird, so kann dadurch eine an sich nichtige Ehe keine Gültigkeit erhalten [9]). Sie setzt vielmehr immer eine an sich gültige Ehe voraus. Eben so wenig können dadurch

4) *Conc. Trid. c. l.* neque a quoquam, nisi ab ipso parocho, vel ab Ordinario licentiam ad praedictam benedictionem faciendam, alii sacerdoti concedi posse. DEYLING c. l. Schott Eherecht §. 163. BOEHMER Princip. iur. can. §. 354.

5) S. Hofmanns Eherecht. 6. Hauptst. §. 55. S. 174.

6) CARPZOV iurispr. consistor. Lib II. Tit. VIII. Def. 148.

7) S. *Jo. Tob.* CARRACH Diss. de matrimonio ad benedictionem sacerdotis incompetentis contracto. *Halae* 1759.

8) HOCHMANN cit. Comm. de bened. nuptiar. Cap. V. §. 21. 36. et 37. DEYLING Institution. prudent. pastoral. P. III. Cap. VII. §. 20. Schott Eherecht. §. 164.

9) *Cap.* 30. *X. de sponsalib.* Schott Eherecht. §. 165. Besonders Robert über den Begriff der Ehe. 3. Abthl. §. 6. S. 179. ff.

die Rechte eines Dritten gekränkt werden, wenn die Trauung heimlich, und ohne vorhergehendes Aufgebot erfolgt ist [10]. Um einer solchen Erschleichung vorzubeugen, sind die Trauscheine eingeführt, wodurch von der competenten Behörde beglaubiget wird, daß bey einer unter gewissen Personen zu vollziehenden Ehe kein Hinderniß vorhanden, oder das vorhanden gewesene gehoben sey. Einen solchen Trauschein (documentum connubiale, codicillus indulti connubialis) haben 1) geschiedene Personen nöthig, bey denen zugleich die Rechtskraft des Ehescheidungsurtheils beglaubiget seyn muß [11]. 2) Diejenigen, welche sich ohne die Einwilligung eines Dritten nicht gültig verheyrathen dürfen, z. B. Soldaten [12], Leibeigene.

§. 1222.

Unterschied zwischen matrimonium perfectum und consummatum.

Ob zwischen matrimonium perfectum und consummatum ein Unterschied Statt finde, und worin dieser Unterschied bestehe, ist zwar unter den Rechtsgelehrten streitig [13]. Es scheint mir jedoch aus dem, was bisher gesagt worden ist, klar hervorzugehen, daß eine Ehe dann für perfect, d. h. für geschlossen zu halten sey, wenn alles dasjenige vorhanden und geschehen ist, was nach der Vor-

10) *J. H.* Boehmer iur. eccl. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 3. §. 51. et 52.

11) S. Schmalz Handbuch des canon. Rechts. §. 296.

12) *A. R. J.* Bünemann Commentat. de codicillis indulti connubialis militum s. vom Trauscheine. *Halae* 1737. 4.

13) S. *Rutger. Nic.* Slüter Diss. de variis matrimonii perfectionibus et earum effectibus. *Goettingae* 1753. 4.

schrift der Gesetze zum Daseyn einer gültigen Ehe erfordert wird. Dahin gehört bey den Katholiken, wenn der Ehe-consens vor dem ordentlichen Pfarrer der Braut oder des Bräutigams und vor zwey Zeugen erklärt worden; bey den Protestanten aber, wenn die priesterliche Einsegnung erfolgt ist. Vollzogen aber wird die Ehe durch den Beyschlaf, wodurch die Ehegatten in den wirklichen Besitz der gegenseitigen ehelichen Rechte gekommen sind. Nach dem Kirchenrecht der Katholiken wird jedoch auch die priesterliche Einsegnung zur Consummation oder feierlichen Vollziehung der Ehe gerechnet. Es kann daher die Ehe ein matrimonium ratum seyn, welche noch nicht consummatum ist; dahingegen in der evangelischen Kirche die priesterliche Einsegnung mit der Erklärung des Eheconsenses in einer und derselben Handlung begriffen ist [14]. Ist nun die Ehe auf eine gesetzmäßige Art geschlossen, so treten von dem Augenblick an auch die rechtlichen Wirkungen des Ehestandes ein, wenn auch die eheliche Beywohnung noch nicht erfolgt ist. Das römische Recht sagt: Nuptias non concubitus, sed consensus facit. So lehrt Ulpian [15]; oder wie er an einem andern Orte [16] sagt: non coitus

14) In Schmalz Handbuch des canonischen Rechts §. 293. wird dieses unschicklich so ausgedruckt: In der evangelischen Kirche gelten die sponsalia de praesente nur dann als solche, wenn die priesterliche Einsegnung sogleich in einer Handlung folgt. In der evangelischen Kirche sind sponsalia de praesenti gar nicht denkbar; denn kirchlich, sagt er selbst, wird bey den Protestanten die Ehe zugleich geschlossen, und vollzogen durch die priesterliche Einsegnung. S. den §. 1198.

15) *L.* 30. *D. de div. Reg. iuris.*

16) *L.* 32. §. 13. *D. de donat. inter vir. et uxor.*

matrimonium facit, sed maritalis affectio. Es ist gar keinem Zweifel unterworfen, daß diese Regel als eine allgemeine Regel aufgestellt worden, wornach der Anfang der Ehe und der Eintritt der rechtlichen Wirkungen derselben zu beurtheilen ist [17]. Es erhellet dieses auch aus allen den Gesetzstellen, wo von dieser Regel Gebrauch gemacht worden ist. Denn sobald die Ehe geschlossen ist, so treten die Rechte in Ansehung des Heyrathsguts ein, und die actio de dote ist begründet, wenn auch gleich ein plötzlicher Tod den Ehemann wegraffte, ehe er noch seiner Frau ehelich beygewohnt hatte [18]. So ist ferner bey einem Vermächtniß, welches unter der Bedingung hinterlassen worden, daß der Legatar heyrathen solle, die Bedingung erfüllt, sobald die Ehe geschlossen worden, wenn auch die Beschreitung des Ehebettes noch nicht erfolgt war. Ulpian wendet auf diesen Fall selbst seine Regel an, wenn er *L. 15. D. de condit. et demonstrat* [19] sagt: Cui fuerit sub hac conditione legatum, *si in familia nupsisset:* videtur impleta conditio, *statim atque ducta est uxor,* quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. *Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.* Der Ehemann genießt auch von dem Augenblick an die Wohlthat der Competenz. Denn aus demselben *libro XXXVI. ad Sabinum* des Ulpianus ist auch *L. 28. D. de div. regul. iuris* genommen, wo er sagt: *Divus Pius* rescripsit, eos qui ex liberalitate conveniuntur, in

17) Man vergleiche hier vorzüglich *Jac.* Gothofredi Commentar in Tit. Pand. de diversis Regulis iuris antiqui; ad L. 30. pag. 172. sqq.

18) *L. 5. 6. et 7. D. h. t.*

19) Diese *L. 15.* ist eben so, wie die *L. 30. D. de reg. iur.* aus Ulpiani *libro XXXVI. ad Sabinum* entlehnt.

id quod facere possunt, condemnandos. Daß dieses auch auf den Ehemann geht, erhellet aus *L.* 12. *D. Soluto matrimonio dos quemadmodum petat.* welche eben dieselbe Inscription hat, wo Ulpian sagt: Maritum in id, quod facere potest, condemnari, exploratum est. Man verbinde damit noch die *L.* 33. *D. de iure dot.*, welche aller Wahrscheinlichkeit nach aus eben dem Buche Ulpians genommen ist [20]). Von diesem Zeitpunct hängt auch das Erbrecht der Ehegatten ab, und ein Ehegatte ist von dem andern alles dasjenige zu fordern befugt, worauf er als Ehegatte nach den Gesetzen und dem Ehevertrage ein Recht hat [21]). Schenkungen unter den Ehegatten gelten nun auch nicht mehr, wie ebenfalls Ulpian mit Beziehung auf jene Regel sagt *L.* 32. §. 13. *D. de donation. inter vir. et uxor* [22]). Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant, — puto, donationes non valere, quasi duraverint nuptiae. *Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio.* Si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit. Hiermit stimmt auch das canonische Recht überein. Denn so sagt Augustinus bey Gra-

20) Die Inscription lautet zwar überall so: Ulpianus *libro VI. ad Sabinum.* Allein *Pet.* Faber in Commentar. ad Tit. Pand. de divers. reg. iuris (*Lugd.* 1566. f.) in L. 28. pag. 96. hat aus mehreren Gründen erwiesen, daß statt *VI.* vielmehr *lib. XXXVI.* gelesen werden müsse.

21) S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 6. B. §. 582.

22) Diese Stelle ist aus Ulpiani *libro XXXIII. ad Sabinum.*

tian. *can.* 3. *Caus. XXVII. Qu.* 2. Consensus ergo cohabitandi, et individuam vitae consuetudinem retinendi interveniens, coniuges facit. Noch bestimmter sagt Chrysostomus *can.* 4. eben daselbst: Matrimonium non facit coitus, sed voluntas. Eben so Ambrosius eben daselbst *can.* 5. Cum initiatur coniugium, tunc coniugii nomen adsciscitur. Non enim *defloratio virginitatis* facit coniugium, sed *pactio coniugalis*. Denique cum iungitur puella, *coniugium* est, non cum viri admistione cognoscitur; und Ebenderselbe *can.* 36. In omni matrimonio coniunctio intelligitur spiritualis, quam confirmat et perficit coniunctorum commistio corporalis. Diesem gemäß sagt endlich *can.* 6. Isidor *Etymologiarum libro IX. cap.* 7. Coniuges verius appellantur a prima desponsationis fide, quamvis adhuc ignoretur inter eos coniugalis concubitus.

Von der Vollziehung der Ehe durch den Beyschlaf hängt nach dem canonischen Recht die vollkommene Kraft des Ehesacraments, das mysterium incarnationis ab, welches das Band der Ehe nun schlechterdings unauflöslich macht. Hierher gehört die Verordnung des Pabstes Innocenz III. v. J. 1205. im *Cap.* 5. *X. de bigamis non ordinandis* (I. 21.) Debitum pastoralis officii: [*et infra*] — fraternitati tuae ita duximus respondendum, quod, cum duo sint in coniugio, videlicet consensus animorum, et commixtio corporum, quorum alterum significat caritatem, quae consistit in spiritu inter Deum et iustam animam, ad quod pertinet illud, quod dicit Apostolus: *qui adhaeret Deo, unus spiritus est cum eo*; reliquum vero designat conformitatem, quae consistit in carne

inter Christum et sanctam ecclesiam, ad quod pertinet illud, quod Evangelista testatur: *verbum caro factum est, et habitavit in nobis,* profecto coniugium illud, quod non est *commixtione corporum* consummatum, non pertinet ad illud coniugium designandum, *quod inter Christum et ecclesiam per incarnationis mysterium est contractum,* iuxta quod PAULUS exponens illud, quod dixerat protoplastus: *hoc nunc os ex ossibus meis, et caro de carne mea,* et propter hoc relinquet homo patrem et matrem, et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una; statim subiungit: *hoc autem dico magnum sacramentum in Christo et ecclesia.* Cum ergo propter sacramenti defectum inhibitum sit, ne bigamus, aut maritus viduae praesumat ad sacros ordines promoveri, quoniam nec illa est unica unici, nec iste unus unius: profecto, ubi deficit inter huiusmodi coniuges commixtio corporum, non deest huiusmodi signaculum sacramenti. Unde is, qui mulierem ab alio viro ductam, sed minime cognitam, duxit uxorem, quia nec illa, nec ipse carnem suam divisit in plures, propter hoc impediri non debet, quin possit ad sacerdotium promoveri. Zwar wird nach der Lehre der Canonisten auch schon durch das matrimonium ratum, welches durch bloße Erklärung des Eheconsenses geschlossen wird, die Gemeinschaft Christi mit der Kirche, deren Haupt er ist, vorgestellet, aber nur insofern, als er mit ihr durch die Liebe verbunden ist. In so weit sey also das Sacrament der Ehe schon vorhanden. Allein die vollkommene Vereinigung Christi mit der Kirche durch die Incarnation oder Annehmung der

menschlichen Natur, werde durch die Ehe erst dann repräsentirt, wenn die körperliche Vereinigung der Ehegatten erfolgt ist. Der Unterschied wird nun darin gesetzt, daß eine auf diese Art vollzogene Ehe durch keine menschliche Macht wieder getrennt werden könne, dahingegen, so lange die körperliche Vereinigung unter den Ehegatten noch nicht erfolgt ist, ein Ehegatte auch gegen den Willen des andern, den Ehestand mit dem Klosterleben vertauschen könne. Folgende Worte eines der berühmtesten Canonisten mögen diesen Unterschied bestätigen. Per matrimonium, sagt Franz Florens [23]), *duae uniones Christi* praefigurantur; altera, qua Christus ecclesiae, cuius caput est, sicut vir uxoris, *per charitatem* unitur: altera, qua *per incarnationem et assumtam naturam humanam* Verbum caro factum est. Ex gemina et duplici illa unione Theologi et Canonistae recentiores differentiam deduxerunt inter matrimonium ratum et consummatum. *Ratum matrimonium* dicitur, quod per solum consensum perficitur, etiam non secuta copula; quod et in ratione Sacramenti perfectum intelligitur: *repraesentatur enim unio Christi cum ecclesia per charitatem.* Quodsi praeterea subsequatur coniunctio corporum, repraesentatur *Incarnationis mysterium*: quae repraesentatio pleniorem et expressiorem unionem Christi cum ecclesia exhibet *per Incarnationem*, et ut loquuntur Theologi, *per naturae conformitatem.* Quamvis autem utroque casu perfectum sit et dicatur matrimonium: differentiae tamen quaedam maximi mo-

23) Tract. de sponsalibus et matrimonio, oper. cura *Lerber a Staerchen* editor. Tom. II. p. 139.

menti occurrunt, v. c. nulla potestate humana consummatum matrimonium potest dirimi; ne quidem, si proposito vitae perfectioris alter coniugum, altero volente, velit transire in Religionem; si vero ratum tantum proponatur matrimonium, alteruter coniugum, etiam invito altero, poterit monachatum amplecti. Idemque ex gravissimis causis summi Pontifices ratum aliquando matrimonium dissolvunt; consummatum vero dissolvere non possunt. Dieser Unterschied fällt nun zwar in der evangelischen Kirche weg, man behauptet aber doch, daß auch bey den Protestanten die Folge beybehalten worden sey, daß nur erst der erfolgte Beyschlaf die Unzertrennlichkeit der Ehe bewirke. Man will hieraus die Folge ableiten, daß zur Auflösung einer durch priesterliche Einsegnung vollzogenen ehelichen Verbindung, wenn noch kein Beyschlaf erfolgt ist, alle diejenigen Ursachen hinreichend seyen, welche die Trennung eines Eheverlöbnisses rechtfertigen [24]. Allein diese Meinung läßt sich weder nach dem canonischen Rechte, nach welchem auch schon sponsalia *per sola verba de praesenti* inita, einer zweyten durch Beyschlaf vollzogenen Ehe vorgezogen werden sollen [25], noch nach dem protestantischen Kirchenrechte vertheidigen.

Nach den ältern deutschen Rechtsgrundsätzen hingen besonders die Rechte der Gütergemeinschaft unter den Ehegatten von der Vollziehung der Ehe durch Beyschlaf ab,

24) S. Neundorf's vermischte Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit. Ulm 1805. Nr. IX. S. 141—153.

25) *Cap. 31. X. de sponsalib. et matrim. Cap. 3. X. de sponsa duorum.*

worauf die deutschen Sprüchwörter hindeuten: Ist das Bette beschritten, so ist das Recht erstritten; oder, wenn die Decke über den Kopf ist, so sind die Eheleute gleich reich [26]. Allein heut zu Tage läßt sich dieses nicht mehr als gemeinübliches Recht annehmen; nach allgemein gewordenem Gebrauche der fremden Rechte ist jenes alte deutsche Recht meistens verdrängt, wo nicht statutarische Rechte die Beschlagung der Decke, oder Beschreitung des Ehebettes zur Vollziehung der Ehe erfordern [27]. Es ist daher unrichtig, wenn Hellfeld sagt, daß dieses in den meisten deutschen Ländern üblich sey [28].

§. 1223 — 1225.

Rechte und Verbindlichkeiten der Ehegatten.

Die Rechte und Verbindlichkeiten der Ehegatten beziehen sich entweder auf das Vermögen derselben, oder sie betreffen ihr persönliches Verhältniß. Zu jenem gehören die Rechte des Mannes an dem Vermögen der Frau, und die Rechte der Frau an dem Vermögen des Mannes, wovon der folgende Titel handelt. Die das persönliche Verhältniß der Ehegatten betreffenden Rechte und Verbindlichkeiten sind von zweyerley Art.

26) S. Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. 2. Abth. Nr. XVII. u. XVIII. S. 232—135. und Hofmanns Handbuch des deutschen Eherechts. 6. Hptst. §. 65. S. 194. ff.

27) S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 6. B. §. 583.

28) S. Schott's Eherecht. §. 167. Weber's Erläuterung der Pandecten. 2. Th. §. 1222. Kind Quaestion. for. Tom. I. Cap. 104. und Gambsjäger ius eccles. Tom. II. §. 216.

I. Gemeinschaftliche beyder Theile. Diese bestehen darin. 1) Beyde Ehegatten haben ein gegenseitiges Recht, und Pflicht zum ehelichen Beyschlafe, kein Ehegatte kann ihn dem andern verweigern, wofern ihn nicht etwa eine besondere Ursache von dieser Schuldigkeit befreiet [29]). Das canonische Recht sagt zwar, solang die Frau das Kind noch säugt, oder ihre monatliche Reinigung hat, oder wenn sie schwanger ist, soll ihr der Mann nicht beywohnen; es gehört aber dieß mehr in das Gebiet des innern Rechts [30]).

Can. 4. Dist. V. Gregorius *M.* ad *Augustinum, Anglorum Episcopum* circa a. 604. Ad eius vero concubitum vir suus accedere non debet, *quousque qui gignitur, ablactetur.* Prava autem in coniugatorum moribus consuetudo surrexit, ut mulieres filios, quos gignunt, nutrire contemnant, eosque aliis mulieribus ad nutriendum tradant: quod videlicet ex sola causa incontinentiae vide-

29) Paulus 1. Br. an die Korinth. VII. 4. u. 5. und Augustinus sagt bey Gratian *can.* 3. *C. XXXII. Qu.* 2. Debent sibi coniugati, non solum ipsius sexus sui commiscendi fidem, liberorum procreandorum causa, (quae prima est humani generis in ista mortalitate societas) verum etiam infirmitatis invicem excipiendae, ad illicitos concubitus evitandos, mutuam quodammodo servitutem. Und *can.* 5. *C. XXXIII. Qu.* 5. sagt eben dieser Augustin: Secundum verba apostolica, etiam si se vir continere voluisset, et tu noluisses, debitum tibi reddere cogeretur.

30) Man sehe Schott's Eherecht. §. 178. Not. **) und besonders Berardi Comment. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. VI. pag. 165. sqq.

tur inventum: quia dum se continere nolunt, despiciunt lactare, quos gignunt. Hae itaque, quae filios suos ex prava consuetudine aliis ad nutriendum tradunt, *nisi purgationis tempus prius transierit,* viris suis non debent admisceri: quippe cum et sine partus causa, cum in consuetis menstruis detinentur, viris suis misceri prohibeantur: ita ut morte lex sacra[31]) feriat, *si quis vir ad menstruatam mulierem accedat.*

Can. 15. *in fin. Caus.* XXXII. *Qu.* 7. Isidorus *Lib. II. de summo bono cap.* 39. Sunt autem quaedam (mulieres), quae, sicut animalia absque ulla discretione, indesinenter libidini serviunt: quas ego nec mutis pecoribus comparaverim. Pecora enim cum conceperint, ultra non indulgent maribus copiam sui [32]).

Noch einen Fall enthält das matrimonium claudicans, wo der unschuldige Ehegatte den ehebrecherischen Theil die eheliche Pflicht verweigern kann[33]). 2) Sie haben die unbedingte Pflicht auf sich, sich alles Beyschlafs mit andern Personen zu enthalten; geschähe es auch mit Einwilligung des andern Ehegatten, so darf dennoch kein Ehe-

31) 3. B. Mos. XX. V. 18. Die Ausrottung aus dem Volk ist nicht immer Lebensstrafe, bisweilen auch Exsil, oder sonst Absonderung vom Volk. S. Michaelis mosaisches Recht. 5. Th. §. 271.

32) Diese Stelle ist eigentlich aus Origenes *Homil. V. ad Genesim Cap.* 19. S. Berardus ad Gratiani canones T. IV. P. III. Cap. 27. pag. 396. Vergl. auch Just. Christ. Loder's Anthropologie. §. 319.

33) S. den 23. Th. §. 1212. b. S. 284.

gatte den Gebrauch seines Körpers einem Dritten verstatten. Sie würden beyde ein Verbrechen, der eine einen Ehebruch, der andere eine Küppeley, begehen[34]). 3) Die Ehegatten sind verbunden beysammen zu wohnen, und einander wechselseitig zu unterstützen. Doch können besondere Umstände, und Standesverhältnisse eine Trennung auf eine Zeitlang rechtfertigen[35]). Der Inbegriff aller der Pflichten, welche durch die Natur und den Zweck der Ehe unter den Ehegatten gegenseitig bestimmt werden, wird die eheliche Treue[36]) genennt. Diese ist also wechselseitig, jeder Ehegatte kann sie mit vollkommenem Recht von dem andern fordern, und weder Gelübde noch Eid kann von dieser Pflicht befreien[37]).

II. Besondere Rechte und Pflichten 1) der Frau sind. a) Sie ist schuldig dem Mann zu folgen, wo es diesem gefällt seinen Wohnsitz aufzuschlagen. Uxor sequitur domicilium mariti. Ob sie ihm auch dann zu folgen schuldig sey, wenn der Mann begangener Verbrechen wegen zur Veränderung seines bisherigen Aufenthalts genöthiget ist, wird bestritten. Mehrere, denen auch Hellfeld beystimmt, bejahen diese Frage. Ich habe davon

34) Schotts Eherecht. §. 178. und Tittmann's Handb. des deutschen peinl. Rechts. 3. Th. §. 591. f.

35) S. Schott §. 179.

36) S. Boehmer Princ. iur. canon. §. 401. §. 401. und Schott. §. 177.

37) *L. 13. §. 5. D. ad Leg. Iul. de adulter. Can. 19. et 24. C. XXVII. Qu. 2. Can. 4. C. XXXII. Qu. 4. Cap. 6. X. de adult. Cap. 13. X. de restitut. spoliator. Cap. 1. et 3. X. de conversione conjugator.* S. Schott §. 180.

an einem Orte [38]) gehandelt. b) Die Frau erhält durch die Ehe den Namen, Stand und Würde des Mannes, nicht minder desselben Wohnort, und Gerichtsstand [39]), und diese Rechte behält sie auch als Wittwe, bis sie zur andern Ehe schreitet [40]). c) Sie kann von dem Mann standesmäßigen Unterhalt verlangen, auch wenn sie ihm kein Heyrathsgut zugebracht hat [41]). 2) Besondere Rechte und Pflichten des Mannes sind a) die eheliche Gewalt, vermöge welcher er die Handlungen der Frau zweckmäßig, so wie es das Wohl des Hauswesens erfordert, zu leiten, und sie zu häuslichen standesmäßigen Diensten anzuhalten befugt ist. Von größerem Umfange war die Herrschaft des Mannes über die Frau bey der in manum conventio, welche in ihrem Inhalt und Wesen mit der potestas patria eins war [42]), denn die uxor in manu war filiae loco, wie Gajus [43]) sagt. Diese Strenge verschwand mit dem Aufkommen der freyen Ehe. In der Justinianeischen Gesetzgebung ist daher von einer manus

38) S. den 6. Th. §. 514. S. 280. f.

39) *L.* 8. *D. de Senator.* (I. 9.) *L.* 19. *D. de iurisdict. L. ult.* §. 3. *D. ad municipal. L.* 10. *Cod. de nupt. L.* 13. *Cod. de dignitat.* (XII. 1.)

40) *L.* 22. §. 1. *D. ad municipalem.*

41) *L.* 28. *D. de religios. L.* 21. *pr. D. de donat. inter vir. et uxor. L.* 13. *C. de negot. gest.* S. *Hug.* Donellus Commentar. iur. civ. Lib. XIII. cap. 21. §. De rerum communicatione. und Berardus Commentar. cit. loc. Tom. III. pag. 167 sq. §. Ex eo.

42) S. GruPen Uxor. Rom. Cap. 3.

43) *Commentar. Institut.* L. I. §. 114. et Lib. III. §. 3.

mariti überall keine Rede mehr. Der Grundidee der freyen-Ehe entsprachs nun zwar, daß die Frau dem Manne nicht unterworfen wurde, sondern daß beyde Theile sich mit gleicher Unabhängigkeit gegenüber standen [44]; allein das Kirchenrecht befolgt den Ausspruch des Apostels Paulus [45], die Ehefrauen sollen ihren Männern, wie dem Herrn selbst, gehorchen; denn der Mann ist des Weibes Oberhaupt, wie Christus das Oberhaupt der Gemeinde ist. Wie nun die Gemeinde Christo unterthan ist, so seyen auch die Ehefrauen in Allem ihren Männern gehorsam. Und an einem andern Orte [46] sagt er: Ihr Frauen seyd euren Männern folgsam, weil es billig und dem Willen des Herrn gemäß ist. Es entsteht hierbey die Frage, ob auch dem Manne ein Züchtigungsrecht zustehe? Hellfeld räumt dem Manne dieses Recht ein, wenn die Züchtigung in den Schranken der Mäßigung bleibt. Allein Hugo Donellus [47] spricht ihm aus vielen Gründen dieses Recht ab. Ihm folgen die meisten neuern Rechtsgelehrten [48]. Die Texte, welche wir darüber in dem römischen Rechte finden, sind folgende.

L. 8. §. 2. *Cod. de repud.* Impp. Theodos et Valentin. Si qua igitur maritum suum adulterum, — si se *verberibus*, (*quae ingenuis aliena sunt*)

44) S. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer. §. 17. S. 106 u. f.

45) Br. an die Epheser Kap. V. V. 22—24.

46) Br. an die Colosser Kap. III. V. 18.

47) Commentar. iuris civ. Lib. XIII. cap. 21. §. Quid si uxor etc.

48) Schott Eherecht. §. 181. Not. ***. Dabelow's Grunds. des Eherechts. §. 158. Thibaut System des

afficientem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessario permittimus libertatem, et causas dissidii legibus comprobare.

Nov. CXVII. cap. 14. Impp. Justinian. *Theodoto* P. P. Si vero quis uxorem suam flagellis, aut fustibus sine aliqua earum causarum, quas ad matrimonium solvendum sufficere iussimus, ceciderit: matrimonium quidem eam ob causam non solvi, sed virum, qui sine tali causa flagellis vel fustibus uxorem verberasse probatur, tantum pro illa contumelia mulieri ex reliqua sua substantia, constante etiam matrimonio, dare volumus, quantum tertia pars donationis propter nuptias efficit.

Daß keines dieser Gesetze dem Ehemann ein Züchtigungsrecht giebt, leuchtet in die Augen. Das erste giebt vielmehr der Frau das Recht, über erlittene unanständige Behandlung mit Schlägen gegen den Mann Beschwerde zu führen, und ihm deswegen den Scheidebrief zuzuschicken; nach dem andern Gesetz soll zwar deswegen die Ehe nicht getrennt werden; hat aber der Mann die Frau ohne eine solche Ursache, wegen welcher er sich von ihr scheiden kann, mit Stockschlägen oder Peitschenhieben gemißhandelt, so soll er ihr, schon während der Ehe, den dritten Theil der donatio propter nuptias für diese Beschimpfung überlassen. Hieraus schließen gleichwohl viele, daß eine mäßige Züchtigung der Frau, wenn sie aus einer gerechten Ursach geschieht, für erlaubt zu halten

Pandectenrechts. 1. Bd. §. 438. Schweppe römisches Privatrecht. §. 676. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts 5. B. §. 584.

sey [49]). Allein mit der Idee einer freien römischen Ehe, so wie sie der schon längst vor Justinian ausser Gebrauch gekommenen conventio in manum, die freylich mehr als ein bloßes Züchtigungsrecht in sich begriff, gegenüber stand, läßt sich dieser Schluß nicht vereinigen. Eben so wenig verträgt er sich mit den Lehren der Bibel. Die Männer sollen die Frauen lieben, sagt Paulus [50]), wie Christus die Gemeinde geliebet, und sich selbst für sie hingegeben hat; und gleich nachher: die Männer sollen ihre Frauen, wie ihre eigenen Leiber, lieben. Wer seine Ehegattin liebt, der liebet sich selbst. Es hat aber Niemand je seinen eigenen Leib gehasset. Zuletzt fügt er noch hinzu: Jeder von euch liebe seine Ehegattin, wie sich selbst; die Frau aber beweise dem Manne Achtung und Folgsamkeit. In einem andern Briefe [51]) schreibt eben dieser Apostel: Ihr Männer, liebet eure Frauen, und seyd nicht hart gegen sie. Damit stimmt ganz überein, was Petrus [52]) sagt: Die Männer sollen sich gegen ihre Frauen, als den schwächern Theil, vernünftig betragen, und ihnen mit Achtung begegnen. Jedoch behaupten selbst diejenigen, welche dem Ehemann das Züchtigungsrecht absprechen, daß der Richter den Ehemann, der seine Frau verdientermassen und

49) *Jo.* Strauch Diss. de iure mariti in uxorem. Sect. III. §. 10. *Sam.* Stryk Diss. de operis uxorum. Cap. I. §. 15. *Car. Ferd.* Hommel Rhapsod. quaestion. for. Vol. VI. Obs. 738. Lobethan Einleitung zur theoret. Eherechtsgelahrtheit. 2. Th. 2. B. 2. Abschn. 1. Hptst. §. 4.

50) Br. an die Epheser. Kap. V. V. 25. 28. 29. u. 33.

51) Br. an die Colosser. Kap. III. V. 19.

52) 1. Br. Petri III. V. 7.

mäßig gezüchtiget hat, nicht strafen könne[53]). Aus Allem erhellet nun soviel, daß Stryk[54]) Recht hat, wenn er sagt: imperium maritale in uxorem non esse herile, sed mite, magis auctoritate suadendi, quam absolute imperandi constans, cum etiam praeterea uxor sit socia, et gubernatrix rei domesticae, marito tamen praevalente. Der Mann hat b) ein Recht auf den Erwerb aus den Diensten der Frau, so weit sie zur Besorgung der Hauswirthschaft, und zur Unterstützung des Mannes in seiner Handthierung geleistet werden[55]). Man pflegt jene operae obsequiales, diese ministeriales[56]) zu nennen. Es sind hier folgende Stellen merkwürdig.

L. 48. D. de operis libertor. HERMOGENIANUS *Libr. II. iuris Epitomar.* Sicut patronus, ita etiam patroni filius, et nepos, et pronepos, qui libertae nuptiis consensit, operarum exactionem amittit; nam haec, cuius matrimonio consensit, in officio mariti esse debet.

Der Patron, welcher in die Heyrath seiner Freygelassenen eingewilliget hatte, verlohr hierdurch zwar nicht

53) S. Schott §. 181. Not. ***. Danz a. a. O. §. 584. Man vergl. auch Heinr. Frebers Erört. der Frage: Ob ein Mann seine Frau zu schlagen berechtiget sey? Jena 1734.

54) S. STRYK Diss. de operis uxorum. (*Halae* 1706. 4.) Cap. I. §. 14. in fin.

55) STRYK cit. Diss. Cap. 3. §. 15. sqq. und *Henr. God.* BAUER Diss. de operis uxoriis, ad easque praestandas obligatione. *Lips.* 1762.

56) S. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 236.

das Patronatrecht [57]; aber doch das Recht, so lange die Ehe dauerte, die ihm sonst schuldige Dienstleistung zu fordern [58]. Man hielt es theils für unschicklich, daß die verheyrathete liberta dem Patron noch operae obsequiales leiste, welche sie nun ihrem Ehemanne schuldig war, theils suchte auch die Lex Julia et Papia durch diese Befreiung von den Diensten des Patrons die Ehen der libertarum zu befördern [59]. Die nun dem Ehemanne schuldigen Dienste [60] erlaubten also der Frau nicht einem Andern Dienste

57) *L.* 11. §. 1. *Cod. de operis libertor.*

58) *L.* 2. *Cod. de obsequiis patrono praest.* Imp. ALEXANDER A. Libertae, quae voluntate patroni, *aut* iure nuptae sunt, non coguntur officium patronis suis praestare. *Franc.* RAMOS DEL MANZANO Commentar. ad Leges Juliam et Papiam Lib. IV. Reliquat. XI. (in *Thes. Meerm.* Tom. V. pag. 458.) will hier das Wort *aut* durch et erklären, welche Bedeutung auch sonst nicht ungewöhnlich ist. *L.* 53. *D. de Verb. Signif.* Allein zu dieser Abweichung von der gewöhnlichen Bedeutung ist kein hinreichender Grund vorhanden. Die Worte *aut iure nuptae sunt*, gehen unstreitig auf die Fälle, wo eine liberta auch ohne die Einwilligung des Patrons heyrathen durfte, weil die Gesetze sie von den Diensten, die sie sonst dem Patron zu leisten hatte, befreieten. Z. B. sie war eine quinquagenaria oder quater enixa. *L.* 35. *D. de oper. libert.* S. FINESTRES Hermog. c. I. §. 5. p. 592. Man sehe noch *L.* 28. *D. de operis libertor.*

59) S. *Jo. Gottl.* HEINECCIUS ad Legem Juliam et Papiam Popp. Commentar. Lib. II. Cap. 22. §. 2. p. 348. und *Jos.* FINESTRES et *de* MONSALVO Commentar. in Hermogeniani ICti iuris Epitomar. libros VI. Lib. II. ad L. 48. D. de operis libertor. §. 2. pag. 589 sqq.

60) Diese werden in der *L.* 48. *cit.* mit dem Ausdruck officium mariti bezeichnet. S. FINESTRES cit. loc. §. 3. p. 590.

zu leisten. Wurde jedoch die Ehe getrennt, so lebte die Verbindlichkeit der Freygelassenen gegen den Patron wieder auf[61]), sie erlosch hingegen, wenn sie den Patron selbst heyrathete[62]).

L. 31. pr. D. de donat. inter vir. et uxor. POMPONIUS *libro XIV. ad Sabinum:* Sed si vir lana sua vestimentum mulieri confecerit, quamvis id uxori confectum fuerit, et uxoris cura, tamen viri esse: neque impedire, quod in ea re uxor tanquam lanipendia fuerit, et viri negotium procuraret.

Hier ist von Diensten der Frau die Rede, die sie dem Manne bey seiner Hanthierung leistete. Sie hatte die Wolle, woraus der Mann das Kleid für sie verfertiget hat, abgewogen, und solche unter die Sklavinnen zum Spinnen vertheilt, und hierdurch das Geschäft des Mannes besorgt. Daß dieses der Hausmutter zukam, lehrt die Rede des Telemachs in Homer's Odyssee:

Vide tua quae sint munia. Cura
Telas, atque colum: ancillis quoque praecipe,
Jussis intendant operis.

Warum aber in dem Falle des angeführten Gesetzes dem Mann das Eigenthum des Kleides blieb, ist eine Frage, deren Erörterung in eine andere Materie einschlägt[63]). Ob der Mann auch auf den Erwerb der Frau aus Kunstarbeiten (operae artificiales) rechtlichen

61) *L. 14. D. de operis libertor.*

62) *L. 46. D. de oper. lib.*

63) S. *Scip.* GENTILIS de donationib. inter vir. et uxor. Lib. II. Cap. 12.

Anspruch machen könne, ist streitig. Die meisten Rechtsgelehrten [64]) verneinen dieses, und zwar, wie ich glaube, mit Recht. Viele [65]) wollen hingegen auch diesen Erwerb dem Manne zueignen. Um allen Mißverstand zu verhüten, ist vor allen Dingen zu bemerken, daß hier von dem Falle die Rede ist, da die Frau eine besondere, von dem Gewerbe des Mannes unabhängige Kunst versteht, und durch Ausübung derselben, ohne die Haushaltung dabey zu vernachlässigen, auf eine erlaubte Art sich etwas verdient. Z. B. die Frau ist eine gelernte Hebamme, oder Putzmacherin, oder Mahlerin. Nach der richtigern Meynung gehört dieser Verdienst nicht dem Manne, sondern der Frau. Denn seitdem die strenge Ehe mit der alten in manum mariti conventio ausser Gebrauch gekommen, und an deren Stelle die freie Ehe getreten war, erwarb die Frau nach dem neuern römischen Recht nicht mehr schlechterdings dem Manne, so weit es nicht das consortium omnis vitae erforderte; sondern sie behielt

64) Stryk Disputat. cit. Cap. IV. §. 7. Wernher Select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 236. Berger Oecon. iur. Lib. I. Tit. III. Th. VIII. §. 5. *Henr. God.* Bauer Diss. de iure artificialibus uxoris operis adquisitorum. *Lipsiae* 1762. *Eiusdem* Responsa iuris. Vol. I. Nr. 32. Struben rechtliche Bedenken 4. B. Bed. 25. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 413. Thibaut System des Pandectenrechts. 1. B. §. 438. Schott Eherecht §. 181. Not. **.

65) Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XXV. Def. 15. P. III. Const. XXV. Def. 10. *Theoph.* Ehrhart Diss. observationes quasd. de iure mariti in acquaestum uxoris per operas artificiales cont. *Altorfii* 1742. Menoken System. iuris civ. h. t. §. 29.

ihr Vermögen für sich, und bestellte nur dem Manne zur Bestreitung der Ehelasten eine dos. Was sie ausserdem erwarb, ward ihr Eigenthum, und gehörte zu dem Paraphernalvermögen der Frau[66]). Hieran hat aber der Mann keinen Anspruch[67]), wofern nicht eine societas omnium bonorum unter den Ehegatten ist errichtet worden, wovon Scävola[68]) einen Fall anführt. Unstreitig gehört nun der Erwerb der Frau aus Kunstarbeiten zu ihrem Paraphernalvermögen. Denn das sind ja keine Dienste, welche der Mann aus irgend einem Grunde mit Recht verlangen kann. Es hängt also blos von dem Willen der Frau ab, ob und wiefern sie den Mann daran Antheil nehmen lassen will oder nicht. Die eheliche Beyhülfe verpflichtet zwar die Frau zu häuslichen, und solchen Diensten, welche sich auf das Gewerbe des Mannes beziehen, so weit sie ihm dabey an die Hand zu gehen vermag, aber so weit erstreckt sich das mutuum adiutorium nicht, daß sie ihm auch den Erwerb desjenigen zuzuwenden schuldig wäre, was sie mit ihrer erlernten Kunst verdient, sofern sie dabey die ihr als Hausfrau obliegenden Dienste nicht versäumt, und dadurch den Mann nicht in die Nothwendigkeit versetzt, diese Dienste durch fremde Personen auf seine Kosten verrichten zu lassen, in welchem Falle sie ihn denn billig zu entschädigen verbunden ist. Der Ausspruch des Quintus Mucius, welchen Pomponius[69]) mit den Worten anführt: *Quintus Mucius*

66) *L.* 9. §. 3. *D. de iure dot.*

67) *L.* 8. *Cod. de pactis conventis tam sup. dote etc.* (V. 14.)

68) *L.* 16. §. 3. *D. de alimentis legat.*

69) *L.* 51. *D. de donat. inter vir. et uxor.*

ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit: et verius, et honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate eius esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur *Quintus Mucius* probasse, und welchen man entgegen zu setzen pflegt, berührt theils unsere Controvers gar nicht, theils giebt er in der That einen unsere Meinung noch mehr bestärkenden Grund an die Hand. Es ist hier von einer Vermuthung die Rede, welche man von ihrem Urheber die Mucianische zu nennen pflegt. Vermöge derselben soll im Zweifel angenommen werden, was die Frau besitzt, habe sie von dem Manne erhalten, um den Verdacht von ihr zu entfernen, sie habe es durch ein schändliches Gewerbe gewonnen. Hieraus folgt nun aber von selbst, daß dasjenige, was die Frau durch Ausübung einer erlaubten Kunst erworben hat, nicht des Mannes, sondern ihr Eigenthum sey [70]). Ich nehme indessen den Fall aus, wenn durch die besonderen Landesgesetze, oder durch Eheverträge ein Anders bestimmt seyn sollte. Uebrigens glaube ich nicht, daß der Mann seiner Frau die Uebung einer erlernten Kunst in Nebenstunden verwehren könne, sofern sie weder ihrer Gesundheit schädlich ist, noch solche der Standesehre ihres Mannes widerstreitet.

c) Der Mann ist ferner berechtiget, die Processe der der Frau, als vermutheter Anwalt derselben, vor Gericht zu führen [71]). Er ist aber auch verpflichtet die Frau zu verthei-

70) S. *Aug. a* Leyser Diss. de praesumtione Muciana ad L. 51. D. et L. 6. Cod. de donat. inter vir. et uxor. *Vitemb.* 1748. §. 16 et 17.

71) *L.* 21. *Cod. de procurator.*

digen und zu schützen[72]). Er ist nicht minder berechtiget, auf Herausgabe der Frau das interdictum de uxore exhibenda et ducenda selbst gegen den Vater derselben anzustellen, wenn sie ihm widerrechtlich zurückgehalten wird[73]). Die Sorge des Mannes für die Frau wird verdoppelt, wenn sie in eine Krankheit verfällt, oder im Wochenbette sich befindet[74]). Endlich

d) kann auch der Mann, wenn es die Noth erfordert, und derselbe sich selbst nicht forthelfen kann, von seiner begüterten Frau den standesmäßigen Unterhalt verlangen[75]).

§. 1226.

Mahlschatz und Brautgeschenke.

Die Liebe verlangt ein Unterpfand, zum Zeichen, daß es beyden Theilen ein Ernst ist, und äussert sich in Geschenken. Daher nennt Plautus[76]) den Ring einen arrhabonem amoris. Das Unterpfand, welches bey Schließung eines Eheverlöbnisses zum Beweise und zur Befestigung desselben gegeben wird, nennt man den Mahlschatz, Ehepfand, (*arrha sponsalitia*[77]). Machen sich

72) *L.* 2. *D. de iniuriis. Can.* 11. *Dist. III.*

73) *L.* 2. *D. de liberis exhibend. L. ult. C. eodem.* S. Finestres Hermogenianus ad h. L. pag. 935 sqq.

74) *L.* 22. §. 8. *D. Soluto matrimon. L.* 13. *C. de negot. gest.* Schott Eherecht. §. 183.

75) *L.* 29. *C. de iure dot.* S. Voet Comm. ad Pandect. Lib. XXV. Tit. 3. §. 8. Schott Eherecht. §. 182. a. E.

76) *Miles glor.* Act. IV. Sc. I. v. 11. Add. Plinius Hist. Natur. Libr. XXXIII. c. 2.

77) *L.* 38. *pr. D. h. t. L.* 16. *C. de episcop. audient.* Das Wort Mahlschatz wird von dem Wort Mahl

aber die Verlobten überdem noch Geschenke zum Merkmal ihrer gegenseitigen Liebe, so nennt man diese Geschenke, Brautgeschenke, (*munera sponsalitia, sponsalitia largitas*). Beydes der Mahlschatz und die Geschenke werden zwar in Rücksicht der künftigen Ehe gegeben, und enthalten also die stillschweigende Bedingung, wenn die Ehe wirklich erfolgt. Doch findet folgender Unterschied Statt. 1) Erfolgt die Ehe, so haben zwar die Verlobten nun ein unwiderrufliches Recht an den Brautgeschenken erworben[78]; allein der Mahlschatz sollte eigentlich zurückgegeben werden. Denn er ist kein bloßes Geschenk, sondern ein Unterpfand, welches zur Versicherung unwandelbarer Verlöbnißtreue gegeben wird. Erfolgt nun die Ehe, so ist keine Sicherheit mehr nöthig. Ebenso ist es auch in allen andern Fällen, wo bey Schließung eines Geschäfts eine arrha oder ein Angeld gegeben worden, Regel, daß wenn das Geschäft erfüllt ist, die empfangene arrha zurückgegeben werden muß[79]. Allein nach deutschen Sitten behält jeder den empfangenen Mahlschatz[80]. 2) Erfolgt aber die Ehe nicht, so ist zu unter-

hergeleitet, welches soviel heißt, als ein Zeichen. Mahlschatz ist also soviel, als munus, quod in signum perfecti consensus sponsalitii datur; oder ein Zeichen, ein Pfand, das ein Bräutigam seiner Braut, oder die Braut dem Bräutigam zu geben pflegt. S. *Laur. de* Westenrieder Glossar. germanico-latin. T. I. (*Monachii* 1816 f.) voc. *Mahl* pag. 338.

78) *L.* 7. 8. 9. 12. 13. *Cod. de donat. ante nupt.*

79) *L.* 5, §. 15. *D. de institor. act. L.* 11. §. 6. *D. de act. emti et vend.* S. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. Th. §. 420.

80) S. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Lib. XXIII. Tit. 1. §. 26. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 390.

scheiden. a) Das Verlöbniß ward mit gegenseitiger Einwilligung aufgehoben. Hier muß eigentlich der Mahlschatz zurückgegeben werden, wofern nicht etwas Anderes unter den sich trennenden Verlobten verabredet worden ist. Eben dieses gilt auch von den Brautgeschenken [81]). b) Das Verlöbniß ist ohne Schuld des einen oder andern Theils getrennt worden. Hier lassen sich zwey Fälle denken. *α*) Der Tod hat das Verlöbniß aufgehoben. Hier muß 1) nach den Gesetzen der Mahlschatz zurückgegeben werden. Es gehört hierher die ganz entscheidende Verordnung der Kaiser Gratian, Valentinian und Theodos vom J. 380. Es ist *L. 3. Cod. de sponsalib.* folgenden Inhalts: Arrhis sponsaliorum nomine datis, si interea sponsus vel sponsa decesserit, quae data sunt, iubemus restitui, nisi causam, ut nuptiae non celebrarentur, defuncta persona jam praebuit. Dieser klaren Verordnung ungeachtet, behaupten dennoch viele [82]), daß nach dem heutigen Rechte jeder den empfangenen Mahlplatz behalte. Allein dieser Wahn beruht blos auf dem Ansehen eines Carpzovs, der den thörigten Einfall hatte, die *L. 3. C. de spons.* betreffe blos die sponsalia de futuro, bey Schließung eines unbedingten Eheverlöbnisses aber, zu dessen Bestärkung der Mahlschatz gegeben werde, verpflichteten sich die Verlobten per verba de praesenti zur ewigen Treue, daher sey auch der

81) *L. 1. §. 1. D. de donation.*

82) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. XIX. Def. 13. in fin. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. Lib. XXIII. Tit. 1. §. 26. Berger Oecon. iuris Lib. I. Tit. III. Th. VI. Not. 1. Stryk Us. mod. Pand. Lib. XXIII. Tit. 1. §. ult. Hofacker Princ. iur. civ. Tom. I. §. 390. Gambsjäger ius eccles. §. 207. pag. 405.

Mahlschatz als eine unbedingte Schenkung zu betrachten. Eine auffallende Verdrehung des deutlichsten Gesetzes, welche um so mehr der Vergessenheit übergeben zu werden verdient, da sie von einem offenbaren Mißverstande der blos dem canonischen Rechte eigenen, dem römischen aber ganz unbekannten Eintheilung der Sponsalien in sponsalia de futuro und de praesenti zeugt. Selbst in Sachsen, wird daher nicht einmal überall mehr nach dieser Meinung gesprochen [83]). Was aber 2) die Brautgeschenke anbetrifft, so ist vermöge einer Constitution des Kaisers Constantin des Großen vom J. 336. in *L.* 16. *Cod. de donat. ante nupt.* ein Unterschied zu machen, ob die Braut dem Bräutigam, oder der Bräutigam der Braut die Geschenke gemacht hat. Im ersten Falle müssen die Brautgeschenke, wenn das Verlöbniß durch den Tod des Bräutigams oder der Braut getrennt worden ist, der Braut oder deren Erben zurückgegeben werden. Denn die Schenkung ist hier eine solche, welche, wie Julian [84]) sagt, sub conditione resolvirt wird. Die Bedingung aber ist hier die, ut nuptiis non secutis res auferatur. In dem letztern Falle hingegen unterscheidet das Gesetz weiter, ob der Braut das Geschenk mittelst eines Kusses verehrt worden, oder nicht. In jenem Falle soll der Braut, oder deren Erben die Hälfte der geschenkten Sachen verbleiben, und nur die Hälfte soll an den Bräutigam oder dessen Erben zurückfallen. In dem letztern

83) Man vergleiche hier vorzüglich *Ern.* Tenzel Diss. de restitutione arrhae et sponsalitiae largitatis morte sponsi vel sponsae interveniente. *Erford.* 1730. und *Christoph. Ludov.* Crell Diss. de arrha a sponsae heredibus restituenda. *Vitemb.* 1753.

84) *L.* 1. *in fin. D. de donat.*

Falle aber wird die ganze Schenkung durch den eingetretenen Todesfall ungültig, und die empfangenen Geschenke müssen von beyden Theilen oder deren Erben zurückgegeben werden. Die Worte dieser merkwürdigen Constitution lauten folgendermassen. Si a sponso rebus sponsae donatis, *interveniente osculo*, ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes, cuiuslibet gradus sint, et quocunque iure successerint; ut donatio stare pro parte dimidia, et resolvi pro parte dimidia videatur. *Osculo vero non interveniente*, sive sponsus sive sponsa obierit totam infirmari donationem, et donatori sponso, vel heredibus eius restitui. Quod si sponsa, *interveniente, vel non interveniente Osculo*, donationis titulo (quod raro accidit) fuerit aliquid sponso largita, et ante nuptias hunc, vel illam mori contigerit: omni donatione infirmata, ad donatricem sponsam, sive eius successores donatarum rerum dominium transferatur[85]. Warum hier dem Kuß, welchen der Bräutigam der

85) Diese Constitution ist aus dem Theodosianischen Codex entlehnt, wo sie sich *Lib. III. Tit.* 5. *de sponsalib. et ante nupt. donationib. L.* 5. befindet. Vor Constantin dem Großen blieben die Schenkungen unter Verlobten gültig, wenn auch die Ehe nicht erfolgte. Constantin gedenkt dieses ältern Rechts *L.* 2. *Cod. Th. de sponsalib.* woraus die *L.* 15. *Cod. Just. de donat. ante nupt.* entlehnt ist. Nur zwey Fälle waren ausgenommen, 1) wenn es in dem Ehevertrage ausgemacht worden, daß bey nicht erfolgender Ehe die Brautgeschenke zurückgegeben werden sollten. *L.* 7. *C. eadem.* 2) Wenn die Geschenke nicht der Braut selbst, sondern

Braut giebt, ein solcher Werth beygelegt wird, daß er mit der Hälfte der Brautgeschenke bezahlt werden muß; wird auf verschiedene Art erklärt. Die meisten erklären es so, es habe bey den Römern, insonderheit aber bey den Christen, eine so strenge Sittlichkeit, Tugend und Schaamhaftigkeit geherrscht, daß sie geglaubt hätten, die jungfräuliche Ehre bestehe nicht blos in einer unverletzten Jungferschaft, sondern auch in einer Enthaltsamkeit und Reinheit von Küssen [86]. Daher habe **Mänius** seine Tochter bey **Valerius Maximus** [87])

den Eltern derselben, um die Ehe zu befördern, waren gemacht worden. *L. 2. Cod. eodem.* Ausser diesen Fällen waren die Schenkungen unter Brautleuten unwiderruflich. Denn man betrachtete sie als reine Schenkungen, wobey auf die künftige Ehe nicht weiter Rücksicht genommen wurde. Dieß hatte nun aber bey der Leichtigkeit, mit welcher Sponsalien wieder aufgehoben werden konnten, mancherley nachtheilige Folgen, da die erste feurige Liebe oft zu unüberlegten Schenkungen zu verleiten pflegt. Dadurch fand sich Kaiser **Constantin** bewogen, das ältere Recht abzuändern. Er verordnete daher *L.* 15. *Cod. cit.* daß Brautgeschenke immer als solche Geschenke angesehen werden sollten, welche **unter der stillschweigenden Bedingung der künftigen Ehe** wären gemacht worden. S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 2. Cod. Theodos de sponsalib. et ante nupt. donat. Tom. I. pag. 303. sq. nach der **Ritterschen** Ausgabe.

86) *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 5. Cod. Theodos. Tom. I. pag. 308. *Franc.* Balduinus in Constantino M. Lib. II. pag. 193. (*Argent.* 1612. 8.) besonders *Christ. Ulr.* Grupen Commentat. ad L. 16. Cod. de donat. ante nupt. (*Jenae* 1715. 4.) Membr. II. §. 9. sq.

87) *Exemplor. memorabil. Lib. VI. Cap.* 1. *Ex.* 4.

an einem traurigen Beyspiele gerächter Unkeuschheit gelehrt, ut non solum virginitatem illibatam, sed etiam *oscula* ad virum *sincera* perferret; und Tertullian [88]) habe gesagt: Resignari pudorem spiritus *per osculum* et dextras. Nur unter nahen Blutsverwandten war der Kuß erlaubt. Hatte sich also die Braut von ihrem Bräutigam küssen lassen, so hatte sie ihm ihre jungfräuliche Keuschheit schon halb zum Opfer dargebracht. Dieses habe nun Kr. Constantin durch die ihr bey einem eintretenden Todesfalle verbleibende Hälfte der Brautgeschenke zu belohnen gesucht. Gegen diese Erklärung läßt sich denn aber freylich noch einwenden, daß das Gesetz nicht blos von einer solchen Braut redet, die noch eine Jungfer ist, sondern daß es unstreitig auch einer Wittwe, als Braut, zu statten kommen muß, wenn ihr der Bräutigam interveniente osculo ein Geschenk gemacht hat. Daher glaubt Everh. Otto [89]), der wahre Grund des Gesetzes beruhe vielmehr darin, weil die sponsalia publica ehemals bey den Christen durch Gebung eines Mahlschatzes, und durch den Kuß bestätiget zu werden pflegten, wie nicht nur aus einer Novelle des griechischen Kaisers Alexius Comnenus bey Matthäus Blastares [90]), sondern auch aus Gregorius von Tours [91]) erhellet, welcher sagt:

88) *Lib. de velandis virginibus Cap.* 11.

89) De iurisprud. symbolica (*Traj. ad Rhen.* 1730. 8.) Exercit. II. Cap. 6. Auch bey den Deutschen war der Kuß das Symbol feyerlich geschloßener Sponsalien. S. *Jo. Guil.* Hoffmann Specimen iurisprudentiae symbolicae veter. Germanorum (*Frfti ad Viadr.* 1736.) §. 5. in fin.

90) In Freheri iur. Graeco Rom. Tom. I. Lib. VIII. p. 510.

91) *De vitis Patrum* Cap. 20.

Dato sponsae annulo, *porrigit osculum*, praebet calceamentum, celebrat sponsaliorum diem festum. Der Ausdruck *interveniente osculo* bedeute also nichts anders, als inter publica sponsalia celebrata. Dieser Meinung stimmt auch Hofacker [92]) bey. Allein daß Constantin von diesem feierlichen Kuß hier rede, den die Verlobten am Tage des Verlöbnißes einander zu geben pflegten, ist nicht wahrscheinlich. Denn wie hätte er sonst unterscheiden können, ob das Geschenk interveniente osculo gemacht worden sey, oder nicht. Er spricht vielmehr von Schenkungen unter Verlobten ohne Unterschied der Zeit. Der Kuß ist freylich Bedingung des Gesetzes, aber gleichviel ist es, ob er bey Schließung des Eheverlöbnißes, oder nachher, sey es bey der Schenkgebung selbst, oder nachher, jedoch noch vor der Ehe, gegeben wird *). Genug, wenn der Bräutigam seine Braut geküßt hat, so bleibt die Schenkung des Bräutigams zur Hälfte gültig, und wir können es ganz dahin gestellt seyn lassen, was das Küssen für eine Deutung habe [93]). Es scheint mir daher höchst ungereimt zu seyn, wenn viele Rechtsgelehrten [94]) der

92) Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 481. not. c.

*) Theodor in den Scholien der Basiliken Tom. IV. pag. 239. Sch. a. sagt: Ἐὰν μνηστὴρ δωρήσηται μνηστῇ, και πρὸ τοῦ γάμου φίλημα γένηται. i. e. *Si sponsus sponsae donaverit, et ante nuptias osculum intervenerit.*

93) S. *Phil.* Slevogt Posit. iuris de osculo ante nuptias. Aphor. 10.

94) *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. Lib. XXIII. Tit. 3. §. 20. init. Mencken Tract. Pand. synopt. Lib. XXIII. Tit. 1. pag. 340. Richter Decis. CXXVII. nr. 17 sq. Stryk

Braut die Hälfte der ihr von dem Bräutigam gemachten Geschenke darum absprechen wollen, weil man heut zu Tage bey der zur Mode gewordenen freien Lebensart und sogenannten Galanterie, die Frauenzimmerküsse nicht mehr so theuer zu kaufen pflege, als in den ersten Zeiten der Christenheit. Eben so wenig verdienen aber auch diejenigen [95]) Beyfall, welche behaupten, daß es nach deutschen Sitten auf den Unterschied, den das römische Recht in Ansehung der Brautgeschenke macht, gar nicht mehr ankomme, sondern jeder Theil das ihm während des Brautstandes von dem andern Geschenkte behalte, wenn die Vollziehung der Ehe durch den Tod verhindert wird. Quod enim non probatur abrogatum, cur stare prohibeatur? Rivinus [96]) führt selbst ein Beyspiel an, wo das Consistorium zu Leipzig im J. 1730. ein Urtheil der erstern Instanz, in welchem die Klage wegen Zurückforderung der Hälfte der Brautgeschenke bey erfolgtem Tode des Bräutigams war für unstatthaft erkannt worden, nach Maasgebung der *L.* 16. *Cod. de donation. ante nupt.* reformirt hat. Uebrigens dürfte wohl der Fall

Tr. de dissensu sponsalitio Sect. I. §. 28. und Grupen cit. Commentat. ad L. 16. C. de donat. ante nupt. Membr. III. §. 4 sqq.

95) Carpzov iurispr. for. P. III. Const. XIX. Definit. 14. *Gottl. Ger.* Titius Observation. ratiocinant. in compend. iuris. Lauterbachian. Lib. XXIII. Tit. 1. Obs. 746. *Ge.* Beyer Delineat. iur. civ. eod. lib. et Tit. §. 10. *Just.* Meier Colleg. iur. Argentorat. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. 1. §. 11. *Jo. Flor.* Rivinus Programmat. ex vario iure (*Lipsiae* 1735. 4.) Pr. VII. pag. 40. sqq. Schnaubert Grundſ. des Kirchenrechts. §. 234.

96) Cit. Programmat. pag. 43. sq.

zu den seltensten gehören, daß der Bräutigam seiner Braut ein Geschenk gemacht hätte, ohne sie dabey geküßt zu haben. Daher stimmen alle Rechtsgelehrten darin überein, daß dieser Umstand, wenn er gleich an sich factisch ist, doch keines weitern Beweises bedürfe, sondern so lange zu vermuthen sey, bis das Gegentheil erwiesen ist, und dieser Beweis kann auch durch Eidesdelation geführt werden [97]. Noch entsteht aber die Frage, in welchem Verhältniß folgende Gesetze zur L. 16. Cod. cit. stehen?

L. 9. *Cod. de donat. ante nupt.* Impp. Dioclet. *et* Maxim. AA. et CC. Juliano. Cum te sponsae filii tui quaedam donasse confitearis: perfectam donationem rescindi, nec nostro oportet rescripto, quam tua voluntas iurisque auctoritas fecit ratam.

L. 10. *eod. Iidem* AA. et CC. *Dionysio:* Si filiae tuae sponsus ei mancipium donavit, ac tu in eum iumenta liberalitatis ratione contulisti, nec nuptiis secutis, contra iuris rationem, quod dederat, abstulit: non invicem datorum restitutio, sed eius, quod illicite rapuit, repetitio competit.

L. 11. *eod. Iidem* AA. et CC. *Neae.* Si tibi res proprias liberalitatis causa sponsus tuus tradidit, eo quod ab hostibus postea interfectus est, irrita donatio fieri non potest.

Man hält diese Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian für Gesetze, die blos der Geschichte

97) S. *Ern.* Tenzel Diss. de restitut. arrhae et sponsalit. largitatis morte interven. §. 12. *Jac. Fr.* Ludovici Us. pract. Distinction. iuridicar. Lib. XXIII. Tit. I. Dist. 4. pag. 181.

wegen vom Justinian in seinen Codex aufgenommen, und durch die nachstehenden *L.* 15 und *L.* 16. *C. eodem* abgeändert worden wären, welche letzteren also nur allein Gesetzes Kraft hätten[98]. Allein dieses ist höchst unwahrscheinlich. Sie sind vielmehr von solchen Schenkungen zu verstehen, welche nicht in Rücksicht der Ehe, sondern aus reiner Liberalität geschehen sind. Diese behalten ihre eigene Natur, und sind nicht nach der *L.* 16. *Cod.* zu beurtheilen[99]. Nicht alle Geschenke, welche Verlobte einander gemacht haben, sind als eine sponsalitia largitas anzusehen. Das Gesetz spricht von rebus a sponso sponsae donatis. Solche Geschenke, welche man Brautgeschenke nennt, lassen sich also nicht eher denken, als wenn das Verlöbniß wirklich geschlossen war. Geschenke, welche daher noch vor geschlossenem Eheverlöbniß waren gemacht worden, sind noch keine eigentliche sponsalitia largitas, sondern als reine Liberalität anzusehen, und nach den Regeln bloßer Schenkungen zu beurtheilen. Solche Geschenke können demnach nicht zurückgefordert werden, wenn auch, nach erfolgtem Verlöbniß, ein Todesfall eintritt[100]. Aber auch selbst bey solchen Geschenken, welche Brautleute einander machen, kommt es auf Gesinnung und Absicht des Schenkgebers an. Julian weißt uns selbst darauf hin, wenn er in einer aus *libro XVII.* seiner *Digestorum* genommenen Stelle[1]) sagt: Igitur cum dicimus, *inter sponsum et sponsam* donationem valere, propria appellatione utimur, et factum demonstra-

98) S. Gruper cit. Diss. Membr. I. §. 5.

99) S. Schweppe Röm. Privatrecht §. 727.

100) S. Gruper Diss. cit. Membr. I. §. 8. pag. 13. sq.

1) *L.* 1. §. 1. *D. de donation.*

mus, quod ab eo proficiscitur, qui *liberalitatis gratia* aliquid dat; *ut confestim faciat accipientis, nec unquam ullo facto ad se reverti velit.* Cum vero dicimus, si hac mente donat *sponsus sponsae, ut nuptiis non secutis res auferatur*, posse repeti; non contrarium priori dicimus: sed concedimus inter eas personas fieri donationem eam, *quae sub conditione solvatur.* Die Absicht des Schenkgebers muß nun aber aus den Umständen, nämlich aus der Beschaffenheit des Geschenks, aus Ort, Zeit und Gelegenheit, da das Geschenk gemacht wurde, beurtheilt werden [2]. Ist das Geschenk von der Art, daß es nur eine vorübergehende Freude gewährt, und daher von keiner Dauer ist; es ist also im Grunde eine Schenkung, wodurch der Beschenkte nicht reicher wird, dergleichen Schenkungen selbst unter Ehegatten bestehen können; so kann hier wohl, wenn der Tod das Brautpaar trennt, von einer Zurückforderung keine Rede seyn [3]. Haben hingegen die Geschenke einen bleibenden Werth, so daß dadurch der beschenkte Theil wirklich reicher geworden ist; so ist im Zweifel anzunehmen, das Geschenk sey unter der stillschweigenden Bedingung gemacht, wenn die Ehe wirklich erfolgt. Solche Schenkungen sind dann eine eigentliche sponsalitia largitas, und können, bey nicht erfolgter Ehe, zurückgefordert werden, wofern nicht bey der Uebergabe des Geschenks ausdrücklich erklärt worden, oder aus den Umständen, unter welchen das Geschenk gemacht

2) Man sehe hier vorzüglich Crell Diss. cit. de arrha a sponsae heredibus restituenda. §. 2.

3) *L.* 7. §. 1. *L.* 31. §. 9. *D. de donat. inter vir. et uxor.* S. Crell cit. Diss. §. 10.

wurde, klar erscheint, daß es als ein bleibendes Andenken dem Empfänger desselben habe unwiderruflich verehrt seyn sollen, die Ehe komme zu Stande, oder nicht. Von solchen Fällen unwiderruflicher Schenkungen sind also die angeführten Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian zu verstehen.

β) Das Verlöbniß ist bey Lebzeiten der Verlobten aus einer Ursache getrennt worden, welche ohne Schuld eines der Verlobten blos dem Zufall zuzuschreiben ist; z. B. gänzliche Verunstaltung des andern Theils, unheilbare Krankheit, Wahnsinn; oder es ist zwar durch eine imputable Handlung des einen gegen den Willen des andern Theils aufgehoben worden, welche aber doch die Gesetze nicht mißbilligen, z. B. Eintritt in den Ordensstand. In diesen Fällen werden blos Mahlschatz und Brautgeschenke zurückgegeben.

L. 56. pr. Cod. de Episcop. et Cleric. Imp. Justinianus A. *Joanni* P. P. Deo nobis auxilium praebente, omnia, quae pro honore sanctae ecclesiae catholicae ad Dei placitum fieri properamus, legibus constituere, et operibus adimplere desideramus. — Cognitum etenim nobis est, quod si quis sponsus, vel sponsa, post datas et acceptas arrhas, voluisset se divino deputare servitio, et a seculari conversatione recedere, ac sanctimonialem vitam vivere, atque in Dei timore permanere; compellebatur vir quidem ea, quae arrharum nomine dederat, amittere; sponsa vero in duplum id, quod acceperat, reddere. Quod nostrae mansuetudini, religioni contrarium esse visum est. Unde per praesentem legem in per-

petuum valituram jubemus: ut si quis sponsus vel sponsa desideraverit seculi istius vitam contemnere, et in sanctimonialium conversatione vivere, sponsus quidem omnia, quae arrharum nomine futuri causa coniugii dedit, sine ulla deminutione recipiat; sponsa autem non duplum, sicut hactenus, sed hoc tantummodo sponso restituat, quod arrharum nomine acceperat, et nihil amplius reddere compellatur, nisi quod probata fuerit accepisse.

L. 16. Cod. de episcop. audient. Impp. Leo et Anthemius A. A. *Erythrio* P. P. Si legibus prohibitae non sint speratae nuptiae, et post arrhas sponsalitias sponsa coniugium sponsi propter religionis diversitatem recusaverit, siquidem probatum fuerit, ante datas easdem sponsalitias arrhas hoc idem mulierem vel parentes eius cognovisse, sibi debeant imputare. Si vero horum ignari sponsalitias arrhas susceperint, vel post datas arrhas talis causa poenitentiae intercesserit, iisdem tantummodo redditis, super alterius simpli poena liberi custodiantur. Quod simili modo etiam de sponsis super recipiendis, nec non arrhis praestitis, custodiri censemus. Dat. 469.

γ) Die Ehe ist durch die Schuld des einen verlobten Theils nicht erfolgt. Hier verliert der schuldige Theil, was er zum Mahlschatz oder zum Geschenk gab, und muß das Empfangene zurückgeben. Dem unschuldigen Theile wird deshalb nicht nur eine Condiction, (*condictio causa data, causa non secuta*, oder *condictio sine causa*) sondern auch eine utilis in rem actio ge-

stattet [4]. Beym Mahlschatz muß das Empfangene doppelt restituirt werden, d. h. wenn der schuldige Theil einen Mahlschatz empfing, aber keinen dagegen gegeben hat; so muß er den empfangenen Mahlschatz, und noch einmal so viel zurückgeben [5]. Nur wenn der schuldige Theil noch minderjährig ist, und keine venia aetatis erhalten hat, giebt er blos das Empfangene zurück, und ist also von dem Ersatz des Doppelten frey. Die hieher gehörigen Gesetze sind.

L. 15. *Cod. de donat. ante nupt.* Imp. Constantinus A. ad *Maximum* praefectum urbi. Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam, nuptiis quoque non secutis, decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi conditiones iubemus: ut sive adfinitatis coeundae causa, sive non ita, vel in potestate patris degentes, vel ullo modo proprii iuris constituti, tanquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi, vel consensu parentum mutuo largiantur: si quidem sponsus, vel parentes eius sortiri filium noluerint uxorem; id quod ab eo donatum fuerit, nec repetatur traditum: et si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes eius summotis ambagibus transferatur. Quod si sponsa, vel is, in cuius

4) S. Crell Diss. cit. §. 11.

5) Man vergleiche damit *L.* 17. *C. de fide instrum.* S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XI. cap. 17. Berardi Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. II. Cap. 3. pag. 41. sq. und Thibaut System des Pand. R. 1. B. §. 420. a. E.

agit potestate, causam non contrahendi matrimonii praebuerit: tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua diminutione per condictionem, aut per utilem actionem in rem redhibeantur. Quae similiter observari oportet, et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit. Dat. Romae 319. [6]).

L. 5. Cod. de sponsalib. Impp. Leo et Anthemius AA. *Erythrio* P. P. Mulier iuris sui constituta, arrharum sponsalium nomine *usque ad duplum* teneatur, id est, in id quod accepit, et aliud tantundem, nec amplius, si post completum vicesimum quintum annum, vel post impetratam veniam aetatis, atque in competenti iudicio comprobatam, huiusmodi arrhas suscepit. *In simplum* autem, id est, tantummodo in id, quod accepit, si minoris aetatis est: sive virgo, sive vidua sit, sive per se, sive per tutorem, aut curatorem, vel aliam personam easdem arrhas acceperit. Patrem vero, vel matrem, legitimae aetatis constitutos, sive simul, sive separatim arrhas pro filia susceperint: avum etiam, vel proavum, si pro nepte, vel pronepte, *in duplum* tantummodo convenit teneri. Quae ita custodiri censemus, si non propter personam, vel conditionem, vel aliam causam legibus vel generalibus constitutionibus interdictam, futurum matrimonium constare prohibetur: tunc enim quasi nullo facto, utpote sine causa easdem arrhas praestitas, tantum-

6) Dieses Gesetz ist aus *L. 2. Cod. Theod. de sponsalib.* entnommen, aber sehr interpolirt. S. *Jac.* Gothofredi Commentar. ad h. L. Tom. I. pag. 303.

modo reddi consequens esse praecipimus. His illud quoque adiicimus, ut etiamsi legibus prohibitae non sint speratae nuptiae, post arrhas autem sponsalitias sponsa coniugium sponsi propter turpem, vel prodigam, vel impudicam conversationem, aut religionis vel sectae diversitatem recusaverit, vel eo, quod quasi vir coitum, ex quo spes sobolis oritur, facere non potuerit, vel ob aliam iustam excusationis causam: si quidem probatum fuerit, ante datas easdem arrhas sponsalitias hoc idem mulierem, vel parentes eius cognovisse, sibi debeant imputare. Sin vero horum ignari sponsalitias arrhas susceperint, vel post arrhas datas aliqua iusta causa poenitentiae intercesserit: iisdem tantummodo redditis, super alterius simpli poena liberi custodiantur. Quae omnia simili modo etiam *de sponsis* super recipiendis necne arrhis praestitis custodiri censemus: *quadrupli* videlicet *poena*, quae in *anterioribus legibus* [7]) definita erat, in qua et arrharum quantitas imputabatur, cessante: nisi specialiter aliud ex communi consensu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuerit. Dat. 469.

Durch diese Constitution der Kaiser Leo und Anthemius ist also 1) die Strafe des Vierfachen, welche in den früheren Verordnungen beym Mahlschatz war be-

7) Diese Gesetze sind *L. 6. Cod. Theod. de sponsalib. et ante napt. donat.* (III. 5.) *L. un. Cod. Th. Si provinciae Rector vel ad eum pertinent. sponsalia dederint.* (III. 6.) *L. un. C. Th. Si nuptiae ex rescripto pet.* (III. 10.)

stimmt worden, als gesetzliche Strafe ganz aufgehoben, und in die Strafe des Doppelten verwandelt worden [8]). Das Gesetz erlaubt jedoch den Contrahenten, die Strafe des Vierfachen noch unter sich auf den Fall des Rücktritts durch gemeinschaftliche Uebereinkunft festzusetzen. 2) Bey der sponsalitia largitas findet die Strafe des Doppelten nicht Statt, denn die *L. 15. Cod. de sponsalib.* sagt nichts davon, und Ausdehnung einer Strafe ist den Regeln der Interpretation nicht gemäß [9]). 3) Die Strafe des Doppelten beym Mahlschatz ist aber nicht so zu verstehen, daß der schuldige Theil nicht nur das verliere, was er gab, sondern auch das Empfangene doppelt restituiren müsse [10]); auch nicht so, daß der Bräutigam eben so viel bezahle, als er gegeben hat [11]); denn sonst käme ja eine Strafe des Dreyfachen heraus. Nein, ist der schuldige Theil derjenige, welcher den Mahlschatz gegeben hat, so verliert er ihn, und muß den empfangenen herausgeben; weiter haftet er nicht. Ist aber der schuldige Theil derjenige, welcher den Mahlschatz empfieng,

8) Daher ist in der *L. un. Cod. Iust. Si rector provinciae* (V. 2.) und *L. 1. Cod. Si nuptiae ex rescripto pet.* (V. 8.) statt quadrupli poena, nun *paena statuta* gesetzt. S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 6. Cod. Theod. de sponsalib. Tom. I. pag. 310.

9) S. Tenzel Diss. cit. de restitut. arrhae et sponsalit. largitat. §. 11.

10) S. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 727. und Webers Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1226.

11) S. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreff. Constitutionen der röm. Kaiser von Theodos II. und Valentinian III. bis auf Justinian. Wetzlar 1812. 8. S. 64. Not. 4.

so muß er denselben, und noch eben so viel, als dessen Werth beträgt, restituiren. So lehrt die *L. 56. pr. Cod. de Episcop. et cleric.* und dieses ist auch der *L. 17. C. de fide instrumentor.* gemäß [12]). 4) Die Strafe des Doppelten fällt weg, a) wenn die Braut noch minderjährig ist, und keine venia aetatis erhalten hat, übrigens gleichviel, sie sey noch Jungfer, oder Wittwe, sie habe selbst, oder ihr Tutor oder Curator die arrha angenommen. Diese giebt nur das Empfangene zurück. Es ist nicht zu bezweifeln, daß diese Ausnahme auch bey dem minderjährigen Bräutigam Statt finde, wie die Worte: Quae omnia simili modo etiam *de sponsis* custodiri censemus, hinlänglich beweisen [13]). b) Wenn die Ehe zwischen den Verlobten gesetzlich verboten ist. Auch hier kann jeder Theil blos das von ihm Gegebene mit der condictio sine causa zurückfordern. c) Wenn ein hinlänglicher Grund vorhanden ist zurückzutreten, wäre er auch schon vor der Verlobung vorhanden gewesen, wenn er nur dem Zurücktretenden damals unbekannt war. Auch hier wird nur das Einfache restituirt. 5) Eltern, welche für ihre Tochter oder Enkelin den Mahlschatz empfangen haben, haften immer für das Doppelte, wenn auch die Tochter oder Enkelin selbst noch minderjährig seyn sollte. 6) Einige Rechtsgelehrten [14]) wollen den heutigen Ge-

12) S. Cujacius Recitation. solemn. ad L. 17. Cod. de fide instrum. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 390.

13) S. von Löhr angef. Programm. S. 65. Not. 2.

14) Lobethan Einleit. zur theoret. Eherechtsgelahrtheit. 2. Th. 1. B. 3. Abschn. 1. Kap. §. 8. u. f. Dabelow Grds. des allgem. Eherechts der deutsch. Christen. §. 102. u. f. Gambsjäger iur. eccles. §. 207. pag. 406. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 420. u. f.

brauch dieser Verordnung des römischen Rechts bezweifeln, und meinen, daß heutigen Tages im Falle des Rücktritts die Klage auf das Doppelte nicht mehr zu gestatten sey. Diese Meinung beruhet aber wohl nur auf dem herrschenden Vorurtheil, daß die römischen Privatstrafen h. z. T. außer Gebrauche seyen, wogegen sich jedoch Weber [15]) aus nicht verwerflichen Gründen erklärt hat. Den practischen Juristen ist es wenigstens nicht eingefallen, die poena dupli beym Mahlschatze zu bezweifeln [16]). Daß auch das canonische Recht hierin nichts geändert habe, darin sind alle Lehrer desselben einverstanden [17]). In manchen deutschen Ländern, z. B. in Sachsen, fällt der Mahlschatz dem Consistorium anheim, und der unschuldige Theil muß dann von dem schuldigen seine Entschädigung fordern [18]).

15) Versuche über das Civilrecht. S. 67. ff.

16) Brunnemann Comm. ad L. 5. Cod. de sponsal. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandect. Lib. XXIII. Tit. 1. §. 25. Kestner de valore Dig. Diss. XX. Lib. XXIII. §. 1. in fin.

17) Engel Colleg. univ. iuris canon. Lib. IV. Tit. 1. §. 2. nr. 7. Schmalzgrüber succincta SS. Canonum doctr. Lib. IV. Tit. 1. §. 3. *Ant.* Schmidt Institut. iur. eccles. Tom. II. §. 75. Not. *. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 17. Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 423. *Maur.* Schenkl Institut. iur. eccles. Germ. P. II. §. 643. Not. **. u. a. m.

18) S. *Jo. Balth. L. B. a* Wernher select. Observation. for. Tom. III. P. I. Obs. 14. Darin geht aber wohl Wernher zu weit, wenn er sagt: id hodie, *generali fere consuetudine*, inter Protestantes, inprimis in Saxonia, invaluisse. Auf die sponsalitia largitas erstreckt sich jedoch dieses nicht, wie ebenfalls Wernher

§. 1227.

Morgengabe.

Die Morgengabe ist nicht römischen, sondern blos deutschen Rechts, und hat daher auch in dem deutschen Rechte verschiedene Bedeutungen. Bald wird darunter die Aussteuer, bald die Widerlage, dos maritalis, bald das Witthum, bald die Abfindung, verstanden, welche bey einer Ehe zur linken Hand der Frau und den Kindern ausgesetzt wird [19]. In der eigentlichen Bedeutung aber heißt Morgengabe das Geschenk, welches der neue Ehemann am ersten Morgen nach der Hochzeitsnacht seiner Ehefrau macht [20]. In den alten Gesetzen und Urkunden kommen die Benennungen vor, *morgengifa*, *morgengeva*, *morgengiba*, *morgincab*, *munus morganacium*,

c. l. Obs. 15. bemerkt; von dieser sagt er: Moribus hodiernis osculi, quod rarissime deficere solet, respectus haud attenditur, sed sine discrimine, matrimonio haud secuto, sponsalitia largitas danti redditur.

19) S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 6. B. §. 590. *Chr. Gottl.* Riccius Spicileg. iuris german. pag. 528. 529. et 579. *Jo. Pet. de* Ludewig Differentiae iuris Rom. et germ. in dote mariti. *Halae* 1721. Diff. 1.

20) *Nic. Hieron.* Gundling lib. sing. de emtione uxorum dote, et morgengaba. *Lipsiae* 1744. 4. Spangenberg Exercitat. antiqua doni Germanorum matutini, quod vulgo morgengabam appellant, qua vocem qua rem sistens. *Goett.* 1767. 4. und Hasse Aufsatz in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgeb. von v. Savigny, Eichhorn und Göschen. 4. B. S. 77. ff.

donum matutinale, munus virginitatis [21]). Ueber die ursprüngliche Absicht dieses Geschenks sind die Germanisten nicht einig. Nach vielen soll es dem jungen Weibe zur Belohnung der ihr geraubten Jungferschaft gegeben werden [22]). In einem alten Baierischen Rechtsbuche vom J. 1340. [23]) wo von dem Beweise der Morgengabe die Rede ist, heißt es auch wirklich, die Frau soll schwören, daz ir ir Wirt (Ehemann) di Morgengab geben hab, umb ir höchsten Ere, die ir Gott je geben hat [24]) Hiergegen aber wenden andere nicht ohne Grund

21) S. Dreyer Diss. de usu genuino iuris Anglo-Saxonici in explicando iure cimbrico. pag. 96.

22) *Jo. Ge.* Wachter Glossar. germ. voc. *Morgengabe*. *Jo. Car. Henr.* Dreyer Disp. de termino effectuum civilium matrimonii a quo. (*Kilon.* 1749.) §. V. not. p. pag. 52—55. *Jo. Guil.* Hoffmann Observation. iuris German. (*Francof. et Lipsiae* 1738. 8.) Lib. I. cap. 9. pag. 99. und desselben Specim. iurisprudentiae symbolicae veter. Germanor. §. 8.

23) Tit. XII. Art. 12. in *Jo.* Heumanni Opusc. iuris germ. pag. 88. S. auch Mittermaier's Aufsatz in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 2. B. S. 346.

24) Man deutet auch die in der Isländischen Edda vom J. 1215. vorkommende Benennung *Lynfie* dahin, welche von dem großen Sprachforscher *Ge.* Hickesius in Epist. ad Ottleium (Tomo I. *Thesauri linguar. septentrional.* praefixa, pag. 10.) und von dem Herausgeber der Edda selbst Resenius in Notis ad Eandem pag. 17. durch praemium pudicitiae et virginitatis erklärt wird. Man könnte auch noch Tit. VII. des Zweybrücker Rechts hinzufügen, wo gesagt wird, die Morgengabe werde wegen der Mägheit, d. h. wegen der Jungferschaft, gegeben, in welcher Bedeutung auch die Worte Ma-

so muß er denselben, und noch eben so viel, als dessen Werth beträgt, restituiren. So lehrt die *L. 56. pr. Cod. de Episcop. et cleric.* und dieses ist auch der *L. 17. C. de fide instrumentor.* gemäß [12]). 4) Die Strafe des Doppelten fällt weg, a) wenn die Braut noch **minderjährig** ist, und keine venia aetatis erhalten hat, übrigens gleichviel, sie sey noch Jungfer, oder Wittwe, sie habe selbst, oder ihr Tutor oder Curator die arrha angenommen. Diese giebt nur das Empfangene zurück. Es ist nicht zu bezweifeln, daß diese Ausnahme auch bey dem minderjährigen Bräutigam Statt finde, wie die Worte: Quae omnia simili modo etiam *de sponsis* custodiri censemus, hinlänglich beweisen [13]). b) Wenn die Ehe zwischen den Verlobten gesetzlich verboten ist. Auch hier kann jeder Theil blos das von ihm Gegebene mit der condictio sine causa zurückfordern. c) Wenn ein hinlänglicher Grund vorhanden ist zurückzutreten, wäre er auch schon vor der Verlobung vorhanden gewesen, wenn er nur dem Zurücktretenden damals unbekannt war. Auch hier wird nur das Einfache restituirt. 5) Eltern, welche für ihre Tochter oder Enkelin den Mahlschatz empfangen haben, haften immer für das Doppelte, wenn auch die Tochter oder Enkelin selbst noch minderjährig seyn sollte. 6) Einige Rechtsgelehrten [14]) wollen den heutigen Ge-

12) S. Cujacius Recitation. solemn. ad L. 17. Cod. de fide instrum. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 360.

13) S. von Löhr angef. Programm. S. 65. Not. 2.

14) Lobethan Einleit. zur theoret. Eherechtsgelahrtheit. 2. Th. 1. B. 3. Abschn. 1. Kap. §. 8. u. E. Dabelow Grds. des allgem. Eherechts der deutsch. Christen. §. 102. a. E. Gambsjäger iur. eccles. §. 207. pag. 406. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 420. a. E.

brauch dieser Verordnung des römischen Rechts bezweifeln, und meinen, daß heutigen Tages im Falle des Rücktritts die Klage auf das Doppelte nicht mehr zu gestatten sey. Diese Meinung beruhet aber wohl nur auf dem herrschenden Vorurtheil, daß die römischen Privatstrafen h. z. T. außer Gebrauche seyen, wogegen sich jedoch Weber[15]) aus nicht verwerflichen Gründen erklärt hat. Den practischen Juristen ist es wenigstens nicht eingefallen, die poena dupli beym Mahlschatze zu bezweifeln[16]). Daß auch das canonische Recht hierin nichts geändert habe, darin sind alle Lehrer desselben einverstanden[17]). In manchen deutschen Ländern, z. B. in Sachsen, fällt der Mahlschatz dem Consistorium anheim, und der unschuldige Theil muß dann von dem schuldigen seine Entschädigung fordern[18]).

15) Versuche über das Civilrecht. S. 67. ff.

16) Brunnemann Comm. ad L. 5. Cod. de sponsal. Lauterbach Colleg. th. pr. Pandect. Lib. XXIII. Tit. 1. §. 25. Kestner de valore Dig. Diss. XX. Lib. XXIII. §. 1. in fin.

17) Engel Colleg. univ. iuris canon. Lib. IV. Tit. 1. §. 2. nr. 7. Schmalzgrüber succincta SS. Canonum doctr. Lib. IV. Tit. 1. §. 5. *Ant.* Schmidt Institut. iur. eccles. Tom. II. §. 75. Not. *. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 17. Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 423. *Maur.* Schenkl Institut. iur. eccles. Germ. P. II. §. 643. Not. **. u. a. m.

18) S. *Jo. Balth. L. B. a* Wernher select. Observation. for. Tom. III. P. I. Obs. 14. Darin geht aber wohl Wernher zu weit, wenn er sagt: id hodie, *generali fere consuetudine*, inter Protestantes, inprimis in Saxonia, invaluisse. Auf die sponsalitia largitas erstreckt sich jedoch dieses nicht, wie ebenfalls Wernher

§. 1227.

Morgengabe.

Die **Morgengabe** ist nicht römischen, sondern blos deutschen Rechts, und hat daher auch in dem deutschen Rechte verschiedene Bedeutungen. Bald wird darunter die Aussteuer, bald die Widerlage, *dos maritalis*, bald das Witthum, bald die Abfindung, verstanden, welche bey einer Ehe zur linken Hand der Frau und den Kindern ausgesetzt wird [19]. In der eigentlichen Bedeutung aber heißt **Morgengabe** das Geschenk, welches der neue Ehemann am ersten Morgen nach der Hochzeitsnacht seiner Ehefrau macht [20]. In den alten Gesetzen und Urkunden kommen die Benennungen vor, *morgengifa*, *morgengeva*, *morgengiba*, *morgincab*, *munus morganacium*,

c. l. Obs. 15. bemerkt; von dieser sagt er: Moribus hodiernis osculi, quod rarissime deficere solet, respectus haud attenditur, sed sine discrimine, matrimonio haud secuto, sponsalitia largitas danti redditur.

19) S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 6. B. §. 590. *Chr. Gottl.* Riccius Spicileg. iuris german. pag. 528. 529. et 579. *Jo. Pet. de* Ludewig Differentiae iuris Rom. et germ. in dote mariti. *Halae* 1721. Diff. 1.

20) *Nic. Hieron.* Gundling lib. sing. de emtione uxorum dote, et morgengaba. *Lipsiae* 1744. 4. Spangenberg Exercitat, antiqua doni Germanorum matutini, quod vulgo morgengabam appellant, qua vocem qua rem sistens. *Goett.* 1767. 4. und Hasse Aufsatz in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgeb. von v. Savigny, Eichhorn und Göschen. 4. B. S. 77. ff.

donum matutinale, munus virginitatis[21]). Ueber die ursprüngliche Absicht dieses Geschenks sind die Germanisten nicht einig. Nach vielen soll es dem jungen Weibe zur Belohnung der ihr geraubten Jungferschaft gegeben werden[22]). In einem alten Baierischen Rechtsbuche vom J. 1340.[23]) wo von dem Beweise der Morgengabe die Rede ist, heißt es auch wirklich, die Frau soll schwören, daz ir ir Wirt (Ehemann) di Morgengab geben hab, umb ir höchsten Ere, die ir Gott je geben hat[24]) Hiergegen aber wenden andere nicht ohne Grund

21) S. DREYER Diss. de usu genuino iuris Anglo-Saxonici in explicando iure cimbrico. pag. 96.

22) *Jo. Ge.* WACHTER Glossar. germ. voc. *Morgengabe. Jo. Car. Henr.* DREYER Disp. de termino effectuum civilium matrimonii a quo. (*Kilon.* 1749.) §. V. not. p. pag. 52—55. *Jo. Guil.* HOFFMANN Observation. iuris German. (*Francof. et Lipsiae* 1738. 8.) Lib. I. cap. 9. pag. 99. und desselben Specim. iurisprudentiae symbolicae veter. Germanor. §. 8.

23) Tit. XII. Art. 12. in *Jo.* HEUMANNI Opusc. iuris germ. pag. 88. S. auch Mittermaier's Aufsatz in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 2. B. S. 346.

24) Man deutet auch die in der Isländischen Edda vom J. 1215. vorkommende Benennung *Lynfie* dahin, welche von dem großen Sprachforscher *Ge.* HICKESIUS in Epist. ad Ottleium (Tomo I. *Thesauri linguar. septentrional.* praefixa, pag. 10.) und von dem Herausgeber der Edda selbst RESENIUS in Notis ad Eandem pag. 17. durch praemium pudicitiae et virginitatis erklärt wird. Man könnte auch noch Tit. VII. des Zweybrücker Rechts hinzufügen, wo gesagt wird, die Morgengabe werde wegen der Mägheit, d. h. wegen der Jungferschaft, gegeben, in welcher Bedeutung auch die Worte Ma-

ein, daß die Morgengabe auch einer Wittwe gebühre, und halten daher die Morgengabe vielmehr für ein Symbol der wirklich vollzogenen Ehe, und des ergriffenen Besitzes des Ehebettes [25]). Darauf ließe sich denn aber freylich mit gutem Grunde antworten, daß auch eine Wittwe die Belohnung für die ihrem Manne aufgeopferte weibliche Keuschheit verdiene, überdem aber ist es auch wohl jener Darstellung zuzuschreiben, daß in mehreren Ländern die gesetzliche Morgengabe nur Jungfrauen, nicht aber auch Wittwen, die sich wieder verheyrathen, zugewendet wird [26]). Gegenstand der Morgengabe können Sachen aller Art seyn, Geld, Schmuck, Grundstücke [27]). Nach dem gemei-

gadheit, Mädenhad, Mägathet, Magdtum bey den Franken, Angel-Sachsen und Isländern genommen werden.

25) Gundling cit. lib. Cap. III. §. 15. sqq. et Cap. IV. §. 26. Heineccius Element. iuris germ. Tom. I. §. 249. et §. 258. *Jo. Fr.* Eisenhart Institution. iuris german. privat. Lib. I. Tit. 14. §. 1. et 2. Nettelbladt Disp. de vidua nobili Mecklenburgica. §. 30. Riccius Spicileg. iuris germ. pag. 530. *Jo. Henr. Chr. de* Selchow Elem. iuris germ. priv. hod. §. 447. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 119. §. 4. Danz a. a. O. §. 590.

26) Man sehe z. B. das baier. Landrecht 1. Th. Art. 1. und das Augsburgische Stadtbuch vom J. 1276. in Joh. Fried. von Tröltsch Anmerkungen und Abhandlungen aus verschiedenen Theilen der Rechtsgelahrheit. 2. Th. (Nördlingen 1777. 8.) Nr. I. §. 9. S. 21. f. auch die Heirathsordn. der Stadt Regensburg.

27) Eisenhart Instit. iur. germ. c. l. §. 5. Mehrere Beyspiele, da Güterstücke zur Morgengabe gegeben worden sind, führt Riccius c. l. pag. 526 et 527. an. Nach dem

nen deutschen Rechte ist jedoch ein solches Geschenk nichts Nothwendiges; die Frau kann es nur fordern, wenn es ihr versprochen ist[28]. Die Morgengabe gehört also zu den freywilligen Geschenken. Landesgesetze oder Herkommen können indessen der Frau ein vollkommenes Recht geben, dieselbe, auch ohne ein besonderes Versprechen, zu fordern. Daher zerfällt die Morgengabe in die gesetzliche oder nothwendige, und in die bedingte, oder willkührliche[29]. Bey jener ist auch gewöhnlich ein gewisses Quantum festgesetzt[30]. An der Morgengabe erhält die Frau das Eigenthum durch die Uebergabe, und zwar das alleinige volle Eigenthumsrecht[31]. Sie kann daher, darüber frey, auch selbst durch Testament, verfügen, und sie darf sogar in die eheliche Gütergemeinschaft nicht hineingezogen werden[32]. Dies nennt man Morgengabsrecht und Gewohnheit[33]. Den Kindern der ersten Ehe steht auch daran kein Recht zu, wenn die Mutter zur

Sachsenspiegel I. 20. durften es keine Grundstücke seyn. S. Hasse angef. Aufsatz in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. 4. B. Nr. II. S. 77. ff.

28) Heineccius c. l. Tom. I. §. 258. Riccius c. l. pag. 530 et 531.

29) S. Eisenhart c. l. §. 3.

30) S. Riccius c. l. pag. 531. und von Tröltsch a. a. O. 2. Th. S. 21.

31) Heineccius c. l. Tom. I. §. 250. Riccius c. l. pag. 528. *de* Selchow c. l. §. 448. Hasse in der angef. Zeitschrift. 4. B. S. 79.

32) S. Mittermaier in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. 2. B. S. 346. f.

33) Heineccius c. l. Tom. I. §. 259. und Gundling cit. lib. de emt. uxor. Cap. IV. §. 8.

zweyten Ehe schreitet [34]). Ist der Frau die Morgengabe nur versprochen, aber nicht tradirt, so hat sie nur ein persönliches Recht, wofern ihr nicht die Landesgesetze eine Hypothek dieser Forderung wegen auf dem Vermögen des Mannes geben [35]). Denn nach dem gemeinen deutschen Rechte kommt der Ehefrau in Ansehung der Morgengabe kein stillschweigendes Pfandrecht, auch beym Concurse der Gläubiger kein Privilegium zu [36]). Ihr Recht geht jedoch nach ihrem Tode auf ihre Erben über, so daß diese noch die ihrer Erblasserin gebührende Morgengabe nachfordern können [37]). War der Frau nur die Nutznießung eines Grundstücks zur Morgengabe angewiesen; so hört ihr Recht mit ihrem Tode auf [38]).

Noch muß ich einem Einwurfe begegnen. Man sagt, auch den Römern sey ein solches Geschenk nicht unbekannt gewesen, was wir jetzt Morgengabe nennen. Das munus, dessen Juvenal [39]) in folgenden Versen gedenkt:

Quod prima pro noctè datur, quum lance beata
Dacicus, et scripto radiat Germanicus auro;

was ist dieses anders, sagt Scipio Gentilis [40]), als eine Morgengabe? Man höre, was Juvenals Ausleger

34) Riccius Spicil. cit. pag. 528. Eisenhart Instit. iur. germ. c. l. §. 6.

35) S. Hofman's Handbuch des deutschen Eherechts. §. 19.

36) S. Fr. von Bülow u. Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. B. Erört. XLV. S. 318. ff.

37) Danz Handb. des deutsch. Privatrechts. 6. B. §. 591. S. 332.

38) Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 119. §. 5.

39) *Sat. VI. v.* 202. sq.

40) De donationib. inter Vir. et Uxor. Lib. II. Cap. 23.

bey dem Wort Germanicus bemerkt, *Solidi ita signati*, sagt er, *qui pro virginitate deposita novae nuptae donantur*. Ja Kaiser **Constantin** der Große verordnet sogar[41]), daß eine solche donatio maritalis, quia pudicitiae praemio cessit, in dem Falle, da das Vermögen des Mannes confiscirt wird, der Frau verbleiben solle, wenn ihr die Schenkung vor Begehung des Verbrechens von ihrem Mann gemacht worden ist. Allein eine solche Schenkung kann mit einer deutschen Morgengabe auf keine Weise verglichen werden, weil Schenkungen unter Ehegatten nach dem römischen Recht nicht gelten. Von dieser Regel machte auch selbst die donatio matutina, von der **Juvenal** spricht, selbst nicht in dem Falle, von welchem K. **Constantin** redet, eine Ausnahme, weil wenn der Mann nicht zum Tode, oder zur Sclaverey war verurtheilt worden, die Schenkung in pendenti blieb, bis der Mann starb. Denn da die Ehe in einem solchen Falle, auch selbst durch Deportation, nicht aufgehoben wurde; so wurde die Schenkung erst durch den Tod des Mannes bestätiget, wenn er sie nicht vorher widerrufen hatte. Mit Recht wurde daher der große **Johann Sichard** von den Richtern verlacht, als er die Gültigkeit einer deutschen Morgengabe aus Gründen des römischen Rechts bestreiten wollte, wie er selbst aufrichtig bekennt[42]).

§. 1228.

Hochzeitsgeschenke. Repotia der Alten.

Auch bey der Hochzeit selbst kommen Geschenke vor, welche die Hochzeitsgäste dem Brautpaar, oder den Neu-

41) *L. 24. Cod. de donat. inter vir. et uxor.*

42) Commentar. ad Rubricam Tit. Cod. de donat. ante nupt.

verehelichten am Tage der Hochzeit oder nachher zu verehren pflegen. Diese werden daher **Hochzeitsgeschenke** genennt[43]). Sie heißen auch **Brauttafelgaben** oder **Brauttafelgeld**, weil sie entweder über Tische gegeben zu werden pflegen, oder, weil, wie besonders bey Bürgern und Landleuten üblich ist, hierzu eine besondere Tafel, die Brauttafel genannt, hingesetzt wird, worauf die Geschenke gelegt werden[44]). Sie heißen auch **Hausschenken**, **Brautrocken**, **Weysat**[45]). Bey den Römern hießen sie *repotia*[46]), bey den Griechen *ἐπαύ-*

43) *Pet.* Müller Diss. de dono nuptiali. *Jenae* 1688. *Christph. Conr.* Falkner Diss. de eo quod iustum est circa oblationem munerum nuptialium. *Altd.* 1695. Lochner Observationes miscell. de donis nuptialibus. *Alt.* 1748. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pandect. Vol. V. Spec. CCCVI. **Hoffmann's** Handbuch des deutschen Eherechts. §. 64. M. W. **Götz** Beyträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit. 2. B. Nr. XXVII. S. 409 f.

44) **Götz** angef. Beyträge a. a. O. S. 409 ff. u. **Hofmann** a. a. O. §. 64. S. 193.

45) S. *de* Westenrieder Glossar. Germanico-latin. voc. *Weysat*.

46) *Repotia* hießen eigentlich festliche Tage, welche unter Verwandten und Freunden bey den Römern gefeyert zu werden pflegten, vorzüglich Hochzeitsfeste, Geburtstagsfeyer. Horatius *Sermon. Lib. II. Sat. II.* v. 60 et 61. Weil nun dergleichen Familienfeste durch Gastmähler begangen wurden, so wurden auch die Schmausereyen, welche bey Familien-Festen unter Freunden wechselseitig angestellt wurden, und oft mehrere Tage dauerten, *Repotia* genannt. Magnus Ausonius *Epistol. IX.* v. 49 et 50. und Apulejus *Apolog.* pag. 539. Die fröhlichsten und üppigsten Gastmäler der Römer waren aber unstreitig die bey den Hochzeitsfesten. Sie

λια [47]). Sie wurden von Freunden und Verwandten dem neuen Ehepaar gewöhnlich am Tage nach der Hochzeits-

dauerten gewöhnlich drey Tage. Julius Pollux in *Onomastico* Lib. III. cap. 3. pag. 285. edit. *Hemsterhus.* nennt den Tag vor der Hochzeit τὰ προαύλια, den Hochzeittag τὰ ἀπαύλια, und den Tag nach der Hochzeit τὰ ἐπαύλια. Dieser letzte Tag war nun derjenige, an welchem der Nachschmaus der Hochzeit im Hause des neuen Ehemannes gegeben wurde, und dieses war eben derjenige Tag, welchen die Römer im eigentlichen Sinne *Repotia* nannten, wie aus der Stelle des Pompejus Festus voc. *Repotia* erhellet, wo er sagt: *Postridie nuptias apud novum maritum coenatur, quia quasi reficitur potatio.* Hierauf bezieht sich auch, was Q. Aurel. Symmachus *Lib. VII. Epist.* 19. an seinen Attalus schreibt: *Sino, ut amici tui nuptiale festum curae vacuus exerceas, et urbem Tyburtem, quae nuper tibi faces praetulit, communem Junoni et Herculi facias. Reverteris, ut spero, post repotia in Coelium larem.* Auch Hesychius sagt: ἐπαύλια seyen ἡ δευτέρα τῶν γάμων ἡμέρα; er fügt hinzu, daß an diesem Tage die Hochzeitsgeschenke von den Freunden dem neuen Ehepaar wären überbracht worden. Nach dem Zeugniß des Suidas hießen daher auch diese Geschenke ἐπαύλια, ἐπαύλια δῶρα. Gewöhnlich bestanden dieselben in Hausrath und weiblichem Schmuck und Putz; und würden der jungen Hausfrau auf eine feierliche Art in einem Gefäß überbracht, welches man Cumerum oder Camillum nannte. In diesem Ornate zeigte sie sich denn auch den Gästen, davon hießen diese Geschenke ϑεώρητα, und ἀνακαλυπτήρια. Hesychius nennt sie ὀπτήρια. Man vergleiche Alexander ab Alexandro Genial. Dierum. Lib. II. Cap. 5. Tom. I. pag. 287. sq. (*Lugd. Batav.* 1673. 8.) *Sam.* Pitiscus Lexic. antiquitat. Rom. Tom. III. voc. *Repotia*, und besonders *Christ. Gottl.* Wernsdorf Diss. de repotiis Veterum. *Helmst.* 1780.

47) S. Ayrer Diss. de iure connubior. apud. Roman. § 17.

feyer überbracht, an welchem Tage denn auch die neue Ehefrau den Brautschleyer (flammeum) ablegte, womit sie noch bey der Hochzeit bedeckt war, und sich nun mit unverhülltem Gesicht in dem einer Hausfrau anständigen Kleidung den Hochzeitsgästen zeigte [48]. Von den Klassikern werden sie *sportulae nuptiales* [49], in den Gesetzen aber *munera nuptialia* [50] genennt. In Ansehung der Hochzeitsgeschenke können mancherley Einschränkungen Statt finden. Bekannt ist in dem ältern römischen Recht die Lex Julia sumtuaria vom Kaiser Augustus, deren Gellius [51] gedenkt, nach welchem die Kosten bey den nuptiis und repotiis nicht die Summe von 1000 Sesterzien übersteigen sollten. Im neuern Recht werden die Hochzeitsgeschenke nach den gemeinen Grundsätzen von Schenkungen unter den Lebenden beurtheilt; jedoch können auch nach den besondern Landesgesetzen der Freygebigkeit in Ansehung

48) Helenius Acro, Horazens Scholiast sagt: Repotia *sunt, quae Graeci dicunt* ποδοστρόφια, *aut mutuae invitationes; aut dies alter a nuptiis, quo virgo ad muliebrem habitum componitur.*

49) Apuleius *Apolog.* pag. 329. Symmachus *Lib. III. Epist.* 24. Beyspiele von Hochzeitsgeschenken finden wir bey Catullus *de nuptiis Pelei et Thetidos* v. 34. Terentius *in Phorm.* Act. I. Sc. I. v. 7. Sie waren auch schon bey den alten Deutschen üblich. Tacitus *de moribus Germanor.* Cap. 18.

50) *L.* 15. §. 2. *D. de admin. tutor. L.* 1. §. 5. *D. de tut. et ration. distrah.*

51) *Noct. Atticar.* Lib. II. cap. 24. S. *Ant.* Augustinus de legibus et SCtis. sub Rubr. L. Julia sumptuaria, p. 80. (*Paris* 1584 ff.)

derselben Grenzen gesetzt seyn [52]). Nach dem römischen Recht ist auch der Vormund nicht befugt, von dem Vermögen des Pupillen deßelben Geschwistern oder andern Verwandten Hochzeitgeschenke zu geben; geschieht es, so ist er verbunden, dieselben dem Pupillen zu ersetzen [53]). Heut zu Tage paßiren dem Vormunde dergleichen Ehrenausgaben in der Rechnung, wenn sie nicht übermäßig sind [54]). Viele sehen die Hochzeitsgeschenke als eine Vergütung der Kosten des Hochzeitmahls an, und eignen sie daher denjenigen zu, welche die Hochzeit ausrichten [55]). Allein diese Meinung ist ganz unrichtig. Hochzeitsgeschenke werden vielmehr den Neuverehelichten als ein Zeichen der Achtung und Liebe gegen sie gegeben; und gehören daher beyden Theilen gemeinschaftlich, sie mögen von den Freunden des Bräutigams oder der Braut herrühren, sie mögen dem Bräutigam oder der Braut allein, oder beyden zugleich überreicht worden seyn [56]). Nur dann findet eine Abwei-

52) Beyspiele von Sachsen-Gotha und Braunschweig-Lüneburg führt Hofmann im Handbuch des deutschen Eherechts §. 64. S. 192. an. Von Chursachsen Müller Diss. de dono nupt. Cap. III. von Baiern Götz in den angef. Beyträgen. 2. B. S. 412. Noch mehrere Beyspiele von solchen deutschen Landesgesetzen hat Jenichen in den Anmerkungen von den Verlöbnißmahlzeiten und hochzeitlichen Gastmahlen. S. 74. ff. gesammlet.

53) S. die Not. 50. angeführten Gesetze.

54) S. Falckner cit. Diss. de oblatione munerum nuptial. §. 10. und Götz a. a. O. S. 411.

55) Hofmann a. a. O.

56) Carpzov P. III. Const. XXII. Definit. 1. sq. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. Tom. II. Lib. XXIII. Tit. 3. §. 47. Mueller Diss. cit. de dono nupt. Cap II.

ihre Hälfte an den Hochzeitsgeschenken ausdrücklich als Heyrathsgut überlassen, so würde dieses auch schon nach der Theorie keinem Zweifel unterworfen seyn. Dem sey nun, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß der Frau wegen ihrer Hälfte ein Separations- und Vindicationsrecht zusteht, wenn die Geschenke noch in Natur vorhanden sind[60]. Da der Anspruch an den Hochzeitsgeschenken, wie schon oben bemerkt wurde, nicht schlechterdings davon abhängt, wer die Kosten des Hochzeitmahls bestritten hat; so ist der vom Leyser[61] aufgestellte Satz, daß derjenige Theil, welcher alle Hochzeitsgeschenke bekommt, auch die sämmtlichen Kosten des Hochzeitsmahls tragen müsse, an sich offenbar unrichtig[62]. Auch selbst die Eltern können daher auf die Hochzeitsgeschenke keinen Anspruch machen, wenn sie die Hochzeit ausgerichtet haben[63].

zeitgeschenke nach dem Tode der Frau dem Manne, wenn sie in beweglichen Sachen bestehen. S. *Jo. Ulr.* de Cramer Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1042.

60) Stryk cit. Diss. Cap. III. nr. 17. von Gmelin Ordnung der Gläubiger. Kap. 2. §. 41. Kori angef. Syst. 1. Buch §. 75.

61) Meditat. ad Pand. Specim. CCCVI. medit. 5.

62) S. Lochner Observat. misc. de donis nupt. Obs. III.

63) S. Götz a. a. O. §. 8. S. 417.

Lib. XXIII. Tit. III.

De iure dotium.

§. 1229.

Dos. Verschiedene Bedeutungen dieses Worts. Paraphernа. Ausstattung.

Unter dem *ius dotium* verstehen wir hier überhaupt den Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, welche sich auf das Vermögen der Ehegatten beziehen, die Rechte des Mannes an dem Vermögen der Frau, und die Rechte der Frau an dem Vermögen des Mannes. Jene machen das ius dotium im eigentlichen Sinn aus. Zu den letztern gehört hier vorzüglich die donatio propter nuptias (§. 1242.)[64]. Das Wort dos, nach Terentius Varro[65]) von dem Griechischen δωτίνη, donum, ab-

64) S. *Sam.* Stryk Disp. de iure mariti in bonis uxoris. *Francof. ad Viadr.* 1685. und *Eiusdem* Disp. de iure uxoris in bona mariti. *Ibid.* 1686. 4.

65) *De Lingua latina.* Lib. IV. pag. 48. (edit. *bipont.* 1788. 8.) *Dos erit pecunia, si nuptiarum causa data: haec Graece δωτίνι, ita enim hoc Siculi: ab eodem donum.* *Aegid.* Menagius Amoenitat. iuris civ. Cap. XXXIX. voc. Donatio. Donum. pag. 280. (edit. *Jo. Gu. Hofmann.*) meint jedoch, daß statt des femin. δωτίνι, vielmehr das neutr. δωτῖνον zu setzen sey.

stammend, bezeichnete anfangs das ganze Vermögen, welches die Frau dem Manne zubrachte. In dieser Bedeutung braucht es Cicero [66]) in der bekannten Stelle: *Cum mulier in manum convenit, omnia, quae eius erant, viri fiunt dotis nomine.* Ursprünglich, solang die Ehefrau in manum mariti kam, ließ sich also kein Unterschied der Güter bey derselben gedenken. Denn bey dieser strengen Ehe wurde die Frau, wie eine filiafamilias behandelt [67]) und konnte also nichts Eigenes haben [68]). Was sie erwarb, erwarb sie dem Manne [69]). Ihr ganzes Vermögen wurde also als dos betrachtet, und ward Eigenthum des Mannes [70]). Bey der laxen Ehe hingegen

66 *Topic. cap. IV.*

67) Gajus *Institut. Commentar.* Lib. I. §. 111. Quae in manum conveniebat, in familiam viri transibat, *filiaeque locum* obtinebat. S. auch §. 114.

68) Plautus *Casina Act. II. Sc. II. v.* 25—29. *Unde ea tibi est? Nam peculi probam nihil habere addecet clam virum: et quae habet partum, ei haud commodi est, quin viro aut subtrahat, aut stupro invenerit. Hoc viri censeo esse omne, quicquid tuum est.* Das Wort *peculium* wird hier in seiner ursprünglichen Bedeutung, wie pecunia, für Vermögen überhaupt genommen. *Omne patrimonium,* sagt Isidorus XV. 17. *apud Antiquos* peculium *dicebatur, a pecudibus,* in quibus eorum constabat universa substantia. S. Menagius Amoenitat. cit. Cap. 39. voc. *Peculium.*

69) Gajus *Institut.* Lib. II. §. 86. *Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate,* manu, *mancipiove habemus.*

70) Gajus *Institution commentar.* Lib. II. §. 98. *Si quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt.* S. *Herm.* Cannegieter Observation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 5. pag. 365.

behielt die Frau ihr Vermögen für sich, und bestellte nur dem Manne eine dos zur Bestreitung der Ehelasten. Nun erst erhielt das Wort dos die eigentliche Kunstbedeutung von Heyrathsgut, wovon man denn das übrige Vermögen der Frau unterschied, welches man *Parapherna* von παρὰ und φέρνη, bona *praeter dotem* seu *extra dotem* in domum mariti illata, oder res, quas *extra dotem* mulier habet, oder kurz bona *extradotalia*, nannte[71]). Zum Unterschiede von dos wird dieses eigene Vermögen der Frau, woran sich der Mann ohne den Willen der Frau kein Recht anmaßen kann, in den Gesetzen *peculium* genennt[72]). Aber auch bey der laxen Ehe wird gesagt, daß der Mann Eigenthümer der dos werde[73]). Und dieses dehnte das Alterthum so weit aus, daß sie der Mann, wenn er auch die Ehe trennte, nicht herauszugeben brauchte[74]). Weil nun, seitdem Sp. Carvilius Ruga seine Frau unter dem nichtigen und trügerischen Vorwande der Sterilität verstieß, durch dieses Beyspiel mehrere dergleichen willkührliche Ehescheidungen ver-

71) *L.* 8. *Cod. de pactis convent. sup. dote. L.* 17. *C. de donat. inter vir. et uxor.* S. Grupen Tr. de Uxore Rom. Cap. VII. §. 7.

72) *L.* 9. §. 3. *D. h. t. L.* 31. §. 1. *D. de donation.*

73) Gajus *Institut. Lib. II.* §. 63. Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, *quamvis ipsius sit. L.* 7. §. 3. *L.* 8. *L.* 9. §. 1. *in fin. L.* 75. *D. h. t.* S. Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgegeben von K. v. Grolman u. E. v. Löhr. 4. Bandes 1. H. Nr. V. S. 57 ff.

74) S. Carl Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. (Stuttgart 1822. 8.) S. 77. f. und S. 115.

anlaßt wurden[75]); so geschahe es, daß sich nicht nur die Ehefrauen bey der Bestellung des Heyrathsgutes einen Theil ihres Vermögens vorbehielten, welches Vermögen man bona receptitia nannte[76]); sondern man suchte auch das Heyrathsgut derselben durch cautiones und actiones rei uxoriae gegen die frevelhafte Ehescheidungswillkühr der Männer zu sichern[77]). Es mußte also nun auch die Dos nach getrennter Ehe zurückgegeben werden. Von der dos findet sich zwar in den Gesetzen der zwölf Tafeln noch keine Spur, sie kommt aber doch schon frühzeitig bey den Classikern vor. Plautus[78]) läßt schon seinen Euclio beklagen,

75) S. Römischrechtliche Untersuchungen für Wissenschaft u. Ausübung von Neustetel u. Zimmern. 1. B. (Heidelberg 1821.) Nr. XIV. S. 332 ff.

76) Gellius *Noct.* Atticar. Lib. XVII. cap. 6.

77) Gellius *Noct. Attic.* Lib. IV. Cap. 3. Memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romam conditam, nullas *rei uxoriae neque actiones neque cautiones* in urbe Romana aut in Latio fuisse: quia profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. *Servius* quoque *Sulpicius* in libro, quem composuit de dotibus, tum primum *cautiones rei uxoriae* necessarias esse visas scripsit, cum *Sp. Carvilius*, cui *Ruga* cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit; quia liberi ex ea, corporis vitio, non gignerentur, anno urbis conditae Iↄxxiii. *M. Atilio, P. Valerio* Coss. atque is *Carvilius* traditur uxorem, quam dimisit, egregie dilexisse, carissimamque morum eius gratia habuisse; sed iurisiurandi religionem animo atque amori praevertisse; quod iurare a Censoribus coactus erat uxorem se liberum quaerendum gratia habiturum.

78) *Aulular.* Act. II. Sc. II. v. 14 et 15.

er habe eine erwachsene Tochter, welche aber schwerlich einen Mann bekommen werde, weil sie ihm keine dos geben könne. Denn ohne dos zu heyrathen, wurde für schimpflich gehalten. Eine solche Ehefrau hielt man mehr für eine Concubine, als für eine materfamilias [79]. Bey der conventio in manum trat noch der Umstand hinzu, daß Töchter hierdurch aus der väterlichen Gewalt giengen. Sollten sie nun nicht der väterlichen Erbschaft ganz verlustig werden, so mußte sie der Vater bey ihrer Verheyrathung mit einer dos versehen [80]. Man glaubt, die dos sey bey der Coemtion der Kaufpreis, die drey Asses aber, welche nach Nonius [81]) die Braut gab, als eine arrha anzusehen gewesen [82]), oder der unus nummus, den sie in der Hand hielt, habe die dos, wie bey der lis vindiciarum die Erdscholle den fundus, vorgestellt [83]). Das neuere Recht kennt nur die freie Ehe, ohne manus, und unterscheidet zwischen dos und parapherna. Das Wort *dos* aber wird in dreyerley Bedeutung genommen; 1) für alles dasjenige, was der Mann

79) Plautus *Trinummo* Act. III. Sc. II. v. 64 et 65.

80) *Jac.* Perizonius Dissertation. Triad. II. pag. 87. *Jo. Gottl.* Heineccius Antiquitat. Romanar. iurisprud. illustrant. Synt. Lib. II. Tit. VIII. §. 2. *Abr.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 23. und *Maur.* Kind Diss. de Lege Voconia. *Lips.* 1820. §. 12.

81) Nonius Marcellus de doctor. indagine Libr. XXII. Ueber diese Stelle hat ausführlich commentirt *Herman.* Cannegieter Observation. iuris Rom. Lib. IV. Cap. 1—6.

82) Heineccius Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 13. §. 2. pag. 255 sq.

83) Cannegieter c. l. cap. 4. pag. 372.

von der Frau oder im Namen derselben von einem Andern empfängt, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten [84]). In dieser Bedeutung wird dos auch *res uxoria* genennt [85]). Wir nennen sie jetzt Brautschatz, Mitgift, Heyrathsgut, Aussteuer, Ehesteuer, Ehegeld, Heimsteuer, Heyrathspfennig. Hierher gehört nun, wenn die Gesetze sagen: dos datur [86]), dos minuitur [87]), dos augetur [88]). 2) Für das Recht, was in Ansehung des Heyrathsgutes Statt findet [89]), Dotalrecht, es stehe dem Manne oder der Frau zu. Endlich 3) für den Rechtstitel, wodurch ein Dotalrecht erworben wird [90]).

84) *L.* 7. *pr.* *L.* 56. §. 1. *L.* 75. *L.* 76. *D. h. t.* *L.* 1. *D.* *Soluto matrimon.* *L.* 5. *Cod. eodem.* Die Dos wird zwar in dieser objectiven Bedeutung eine universitas genennt, aber nur im Gegensatz einzelner dazu gehöriger Sachen. *L.* 1. §. 4. *D. de dote praelegata.* Sie ist es also nur relativ, so wie es auch ein fundus, ein aedificium seyn kann, aber nicht absolut, wie z. B. eine Erbschaft. S. den Aufsatz des H. Prof. Hasse über Universitas iuris und rerum, in dem Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeb. von C. von Löhr, Mittermaier und Thibaut. 5. B. Nr. I. S. 16. ff.

85) Vid. *Tit. Cod. de rei uxoriae actione* (V. 13.)

86) Tot. tit. C. de dote cauta non numerata. (V. 15.)

87) *L.* 5. *pr.* *L.* 7. §. 1. *D. de impens. in res dot. fact.*

88) *L.* 31. §. *ult. D. sol. matrim.*

89) *L.* 7. *pr. D. de condict. causa dat.* *L.* 43. §. 1. *L.* 46. *pr. D. h. t.* Hierher gehört auch, wenn gesagt wird, rem doti destinari, oder rem dotis fieri. *L.* 71. §. *ult. D. de condit. et demonstrat.* S. Möller ad *Struvii* Syntagm. iur. civ. T. II. Ex. XXX. Th. 2.

90) *L.* 1. *D. pro dote.*

Gerh. Noodt[91]) hat diese verschiedenen Bedeutungen von dos auf zwey reducirt. Spectat hoc verbum, sagt er, interdum ad rem, interdum ad negotii gestionem. *Ad rem* spectat, cum dos dicitur dari aut restitui. *Ad negotii gestionem* refertur dos; cum eius formam, modum, vim atque effectum quaerimus: id est, ut hic titulus ait, *ius dotis*.

Da nach dem neuern römischen Rechte das Heyrathsgut, obwohl dasselbe ohne eine Ehe nicht denkbar ist, dennoch nicht mehr für so wesentlich nothwendig gehalten wird, daß nicht eine Ehe auch ohne ein Heyrathsgut bestehen könne[92]); so wird die Bestellung eines Heyrathsguts in den Gesetzen zu den Schenkungen gezählt[93]). Es ist jedoch die dos keine reine Schenkung, sondern eine solche, welche, wie Ulpian[94]) lehrt, die Bedingung der Ehe enthält. Es will jedoch dieses nicht soviel sagen, als ob das Eigenthum nicht eher auf den Bräutigam übergienge, als wenn die Ehe wirklich erfolgt ist. Nein, wenn auch das Heyrathsgut noch vor der Ehe übergeben worden ist, so wird dennoch der Bräutigam sogleich Eigenthümer, wofern nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet worden ist. Die Wirkung der Bedingung besteht vielmehr darin, 1) daß das Heyrathsgut zurückgefordert werden kann, wenn die Ehe nachher nicht erfolgt ist, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

91) Commentar. ad Dig. h. t. Princ. *Opp.* Tom. II. p. 499.

92) *L. ult. C. de donat. ante napt. Nov. LXXIV. Cap.* 4. *pr.*

93) *L. ult. cit.* — Ideo enim et antiqui iuris conditores inter donationes etiam dotes connumerant.

94) *L.* 21. *D. h. t.*

L. 7. §. 3. D. h. t. Ulpian. *Lib. XXXI. ad Sabinum.* Si res in dote dentur[95]; puto in bonis mariti fieri, accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam. Fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. Quid ergo, si ante matrimonium? Si quidem sic dedit mulier, ut statim eius fiant, efficiuntur[96]: enimvero si hac conditione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupserit, sine dubio dicemus, tunc eius fieri, cum nuptiae fuerint secutae: proinde si forte nuptiae non sequantur nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas[97]) debebit misso[98]) nuntio: enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse[99]), nuntio remisso statim eas vindicabit: sed ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti, aut doli aut in factum: doti enim destinata non debebunt vindicari.

L. 8. D. eodem. Callistratus *libro II. Quaestionum.* Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est hoc agi, *ut statim res sponsi fiant: et nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur*[100]).

95) *Cod. Erlang.* liest: Si res *in dotem* datae sint. Eben so Baudoza und Chevallonius.

96) *Cod. Erl.* efficiuntur *eius.*

97) *Cod. Erl. res* eas.

98) *Cod. Erl.* remisso.

99) *Cod. Erl. eius* esse.

100) *Cod. Erl. condictione* reddantur. Die Klage ist die condictio causa data causa non secuta. *L. 7. pr. D.*

2) Bedingt ist die Dos durch den Zweck der Bestreitung der ehelichen Lasten. Sie ist also eine donatio ob causam. Paulus [1]) sagt: Ibi *dos* esse debet, ubi *onera matrimonii* sunt. Eben so Tryphonin [2]): Nisi *matrimonii oneribus* serviat, dos nulla est; und die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren [3]): *Pro oneribus matrimonii*, mariti lucro fructus totius dotis esse, — manifesti iuris est. In dieser Beziehung sagen auch die Gesetze, die causa dotis sey nicht lucrativ, sondern eine causa onerosa [4]). Bedingt ist endlich 3) die dos durch die Verpflichtung des Mannes, das Heyrathsgut nach getrennter Ehe zu restituiren. Daher tadelt Paulus [5]) mit Recht den Julian, welcher behauptete, der Vertrag sey gültig, daß das Heyrathsgut nicht bey Lebzeiten der Frau gefordert werden solle, weil hier die Stipulation auf eine Zeit gerichtet ist, wo die Ehe nicht mehr existirt.

de condict. caus. data causa non sec. S. *Nic.* Smallenburg Diss. ad fragmentum Juliani ex libro eius XVI. Dig. quod extat in L. 7. pr. D. de cond. caus. dat. *Lugd. Bat.* 1785. 4.

1) *L.* 56. §. 1. *D. h. t.*

2) *L.* 76. *D. eod.* S. auch *L.* 16. *D. de castr. pec.*

3) *L.* 20. *Cod. h. t.*

4) *L.* 19. *D. obligat. et act.* *L.* 21. §. 1. *D. de donat. inter vir. et uxor.* *L. un. Cod. de impon. lucrativa descript.* S. Galvanus de Usufructu. Cap XXII.

5) *L.* 20. *D. h. t.* Julianus scribit, valere talem stipulationem: *cum morieris, dotis nomine tot dari?* quia et pacisci soleant, *ne a viva exhibeatur.* Quod non esse simile accepi: aliud est enim differre exactionem; aliud, *ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit.*

Man unterscheidet vom Heyrathsgute die **Ausstattung**, welche auch **Ausfertigung**, **Aussteuer im eigentlichen Sinne**, **Auerichtung**, (*apparatus muliebris*, *instructus nuptarum*), genennt wird. Man versteht darunter dasjenige, was eine Frau, ausser dem Heyrathsgute, zur ersten Einrichtung ihrer Haushaltung in die Ehe bringt [6]. Sie besteht gewöhnlich in Kleidern, Betten, Linnengeräthe, Hausrath und Möbeln, und unterscheidet sich darin vom Brautschatz, daß sie nicht ad sustinenda matrimonii onera gegeben wird, so wie denn auch die dazu gehörigen Stücke schon ihrer Beschaffenheit nach gar nicht dazu geeignet sind, um die Lasten der Ehe davon zu bestreiten. Hierzu kommt, daß sich eine **Ausstattung** auch bey unverheyratheten Personen denken läßt. Von jeher war es nämlich bey den Deutschen üblich, nicht nur die Töchter, auch die sich nicht verheyrathenden, sondern auch die Söhne auszustatten. Eigentlich sollte nun die Ausstattung der Frau zu dem Paraphernalvermögen gerechnet werden, wie auch **Christ. Ulr. Grupen** [7] ausführlich bewiesen hat; allein die Praxis betrachtet sie als einen Theil des Brautschatzes, und legt ihr gleiche Rechte bey [8].

6) *Jo. Ge.* Estor Diss. de adparatu et instructu nuptarum, vulgo *Aussteuer*, praeter dotem in pactis dotalibus promissa, eiusque iure, quum maritus foro cessit. *Marb.* 1744. 4. und *Henr. Gottl.* Pierer Diss. de differentia dotis et instructus muliebris. *Lipsiae* 1761. S. auch **Joh. Ludw. Schmidt** Abhandl. verschiedener pract. Rechtsmaterien. 2. B. Nr. CXVII.

7) De uxore Theotisca. (**Göttingen** 1748. 4.) Cap. III. S. 49. ff. Ihm stimmt auch Pierer cit. Diss. bey.

8) Carpzov Iurispr. for. P. III. Const. IX. Def. 11. Lauterbach Colleg. th. pr. Pand. T. III. Lib. XXXVII.

Da das Heyrathsgut ein Mittel zur Beförderung der Ehen ist, welche die Lex Julia et Papia Poppaea zur Angelegenheit des Staats machte[9]); so ist begreiflich, warum die Gesetze die dos wegen des dabey obwaltenden öffentlichen Interesse so sehr begünstigen. Sie wollen daher nicht nur, daß dieselbe soviel möglich für ihren Zweck erhalten werde[10]), sondern es soll auch im Zweifel für

Tit. 7. §. 6. STRUV Synt. iur. civ. Tom. III. Exerc. XXXVII. Th. 45. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 206. ESTOR cit. Diss. Cap. II. §. 64. sqq. Struben rechtliche Bedenken 1. B. Bed. 53. de SELCHOW Elem. iuris germ. priv. hod. §. 321. Runde Grds. des allgem. deutschen Privatrechts §. 585. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. 6. B. §. 585. Weber Erläut. der Pandecten. 2. B. §. 1229.

9) *L.* 64. *D. de condit. et demonstrat.*

10) *L.* 2. *D. h. t.* PAULUS: Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. *L.* 1. *D. Soluto matrimonio.* POMPONIUS: Dotium causa semper et ubique praecipua est, nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. *L.* 17. §. 1. *L.* 18. *D. de rebus auct. iud. possid.* ULPIANUS: Si sponsa dedit dotem, et nuptiis renunciatum est, tametsi ipsa dotem condicit, tamen aequum est, hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est. Idem puto dicendum, etiamsi minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit. — PAULUS: Interest enim Reipublicae, et hanc solidum consequi, ut aetate permittente nubere possit. Nach dieser Ansicht ward also die dos für eine Bestimmung und Einrichtung der Staatsverfassung gehalten. Das Dotalrecht der Frau war bey

sie entschieden werden [11]). Es wird jedoch das Daseyn einer gültigen Ehe zur wesentlichen Bestimmung der dos erfordert. *Dotis* appellatio, sagt Ulpian *Libro 63. ad Edictum* [12]), non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: *neque enim dos sine matrimonio esse potest.* Ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est. Sogar bey einer putativen Ehe fallen die Dotalrechte hinweg, wie ebenfalls Ulpian sagt *libro 31. ad Sabinum* [13]): Cassius scribit, et si putavit maritus esse sibi matrimonium, cum non esset, usucapere eum non posse, *quia nulla dos sit:* quae sententia habet rationem. Daher wird einer putativen Ehefrau bey der Zurückforderung ihrer dos nicht die actio de dote, oder

den Römern iuris publici, wobey, wie Paulus *Sentent. receptar.* Lib. I. Tit. 1. §. 6. sagt, die Regel gilt: *privata conventio iuri publico nihil derogat.* In dem Titel de pactis dotalibus wird dieser Satz seine weitere Anwendung finden. S. *Ant.* Schulting Iurisprud. vet. Antejustin. pag. 220. Not. 15. und G. Chr. Burchardt Grundzüge des Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatrecht entwickelt. S. 144. ff.

11) *L. 70. D. h. t. L. 85. pr. D. de regul. iur.* Viele Beyspiele führt *Jac.* Gothofredus in Comment. ad Tit. D. de Reg. iur. h. L. an. Man sehe noch *Cap. 26. X. de sentent. et re iudic.* und *Tob. Jac.* Reinharth Diss. de rerum uxoriarum marito traditarum favore, et quibusdam cautionibus eorum causa attendendis. *Erfordiae* 1732.

12) *L. 3. D. h. t.*

13) *L. 1. §. 4. D. pro dote.* S. auch *L. 58. D. de ritu nupt. L. 67. D. de iure dot.*

die actio ex stipulatu de dote repetenda, welcher Justinian die Wohlthat der Hypothek beygelegt hat, und die schlechterdings eine gültige Ehe voraussetzt [14]), sondern nur so, wie der Braut, eine Condiction gestattet, mit welcher blos das persönliche privilegium exigendi verbunden ist [15]). Daß dieses aber freylich nach der Billigkeit des Canonischen Rechts jetzt anders sey, ist schon an einem andern Orte [16]) ausgeführt worden.

Wenn Paulus *libro* 14. *ad Sabinum* [17]) sagt: Dotis causa perpetua est: et cum voto eius, qui dat, ita contrahitur; ut semper apud maritum sit; so hat dieses eigentlich einen zweyfachen Sinn. Es heißt 1) soviel, daß die dos dem Manne nicht blos auf eine bestimmte Zeit gegeben werde, sondern da die Ehe nach dem Wunsche der Ehegatten auf Lebenszeit eingegangen wird, so soll auch die der Ehe wegen gegebene dos so lang in den Händen des Mannes bleiben, als die Ehe dauert [18]). Allein zu den Zeiten des Paulus hatte die causa dotis perpetua 2) noch eine andere Bedeutung, nämlich die, daß der Ehemann auch nach dem Tode der

14) *L. un.* §. 1. *Cod. de rei uxor. act. L. ult.* §. 1. *Cod. Qui potior. in pignore.* §. 29. *I. de action.*

15) *L.* 22. §. 13. *D. Solut. matrim. L.* 1. *C. de condict. ob caus. dator.*

16) S. den 19. Th. §. 1088. S. 109. f.

17) *L.* 1. *D. h. t.*

18) So verstehen diese Stelle auch *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinian. Tit. IX. Pr. III. Illat. 8. *Franc.* DUARENUS Comm. in Tit. Dig. Soluto matrim. rubr. de dotibus cap. 1. *Oper.* pag. 250. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

Frau das Heyrathsgut behielt, wenn solches nicht vom Vater herrührte, oder der Vater, der die dos gegeben hatte, nicht mehr am Leben war[19]. In diesem letztern Sinne ist jetzt die causa dotis nicht mehr perpetua, wie in dem Titel Soluto matrimonio vorkommen wird[20].

Uebrigens läßt sich eine dos nur dann erst gedenken, wenn sie dem Ehemann übergeben ist. Zwar kann auch dem Manne ein Heyrathsgut versprochen werden[21]; allein das bloße Versprechen ist noch keine dos. Dotalrecht entsteht erst durch die erfolgte Uebergabe[22]. Auf die Zeit der Uebergabe kommt es nicht an, sie geschehe vor, oder nach geschlossener Ehe. Die Gesetze unterscheiden dieses genau. Paulus sagt *libro* 3. *de adulteriis*[23]: Si fundum alienum mulieri debeat maritus, eumque mulier ei *dotis nomine promiserit*: in pendenti erit, et tunc fiet dotalis, *cum ad eum pervenerit*. Und Ulpian *libro* 5. *de adulteriis*[24]: *Dotale praedium* sic accipimus, cum dominium marito quaesitum est: ut tunc demum alienatio prohibeatur. Ja die Kaiser Severus und Antoninus[25] sagen geradezu:

19) Denn in *lib.* 14. *ad Sabinum* handelte Paulus von der Erwerbung des Eigenthums. *L.* 24. *L.* 26. *D. de acquir. rer. dom.* Man vergleiche noch Ulpian. *Fragm. Tit. VI.* §. 4 *et* 5.

20) S. *M. Aur.* Galvanus de Usufructu. Cap. XXII. nr. XIII. pag. 254. (edit. *Tübing.* 1788. 4.)

21) S. *Tit. Cod. de dotis promissione.* (V. 11.)

22) Donellus Commentar. iuris civil. Lib. XIV. Cap. 4. §. *Est res.*

23) *L.* 14. §. 2. *D. de fundo dot.*

24) *L.* 13. §. 2. *D. eodem.*

25) *L.* 1. *C. de dote cauta non numerata* (V. 15.)

Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit. Die Uebergabe braucht übrigens nicht immer eine wahre zu seyn, zuweilen wird sie rechtlich fingirt, und eine dos für übergeben gehalten, welche wirklich nicht tradirt worden ist. Dieses kann auf zweyerley Art geschehen. 1) Wenn der Mann der Frau dasjenige schon vorher schuldig war, was sie ihm zum Heyrathsgute zubringt. Die Bestellung des Brautschatzes geschieht hier durch Acceptilation [26]). Es wird angenommen, als hätte die Frau die Schuld brevi manu empfangen, und dann dem Manne das Heyrathgut davon bestellt [27]). Ein Gleiches gilt von der Permutation [28]). 2) Wenn der Mann den Schuldner der Frau, welcher das Heyrathsgut zu geben versprochen hatte, nicht in Zeiten belangt hat, und dieser nachher unvermögend geworden ist, Zahlung zu leisten; oder wenn er demjenigen, welcher das Heyrathsgut geben wollte, die Schuld erlassen hat. In dem letztern Falle haftet der Mann unbedingt. Denn es ist eben so viel, als hätte er das Heyrathsgut erhalten, und es dem Promittenten geschenkt. In dem ersten Falle aber kömmt es darauf an, ob dem Manne eine Nachläßigkeit in Beytrei-

26) *L.* 41. §. 2. *D. h. t.* Accepti quoque latione dos constituitur, cum debitori marito *acceptum feratur* dotis constituendae causa. *L.* 43. *pr. D. eodem.*

27) *L.* 43. §. 1. *D. eodem.* S. *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 3.

28) *L.* 25. *D. h. t.* PAULUS: Si ei nuptura mulier, qui Stichum debebat, ita cum eo pacta est: *pro Sticho, quem mihi debes, decem tibi doti erunt:* secundum id, quod placuit, rem pro re solvi posse, et liberatio contingit, et decem in dotem erunt: quia et permutatio dotium conventione fieri potest.

bung der Schuld zur Last zu legen ist[29]). Hätte hingegen ein Dritter der Frau ein Heyrathsgut schenken wollen, und der Mann hätte ihn mit der Auszahlung nicht gedrängt; so verdient er Entschuldigung, weil ihm die Frau, wenn sie ihn auch selbst belangt hätte, doch die Wohlthat der Competenz hätte angedeihen lassen müssen[30]).

29) *L.* 49. *D. h. t.* JULIANUS: Vir ab eo, qui uxori eius dotem facere volebat, certam pecuniam eo nomine stipulatus est, deinde acceptam eam fecit: quaerebatur, essetne ea pecunia in dotem? Respondit, si acceptam non fecisset, et promissor solvendo esse desiisset, quaereremus, an culpa mariti ea pecunia exacta non esset: cum vero acceptam fecit, omnimodo periculum ad eum pertinebit: *perinde enim est, ac si acceperit pecuniam, et eandem promissori donaverit.*

30) *L.* 33. *pr. D. h. t.* ULPIANUS. Si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus: imputabitur marito, cur eum non convenerit: maxime si ex necessitate, non ex voluntate, dotem promiserat (Cod. Erl. promiserit); nam, si donavit, utcumque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem, qui donaverat: *quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaverat* (Cod. Erl. condemnaret). Hoc enim DIVUS PIUS rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos. Da sich der Donator der Wohlthat der Competenz nur gegen den Donatar bedienen kann, wenn er von diesem belangt wird, nicht gegen einen Dritten. *L.* 33. §. *ult. D. de donat. L.* 41. *pr. D. de re iudicata. L.* 33. *D. de novat.*; so können die Worte: *si convenisset* nicht von dem Manne, sondern nur von der Frau verstanden werden, wie sie auch *Jac.* CUJACIUS Observat. Lib. XII. cap. 17. ganz richtig erklärt hat, welcher statt *condemnaverat* vielmehr

Soviel zur Erläuterung der allgemeinen Begriffe und gesetzlichen Bestimmungen der dos. Die Materie selbst, in deren System wir nun näher eindringen wollen, ist ausser den Commentatoren, Franz Duaren, Hugo Donellus, Gerh. Noodt, Johann Voet und Ulrich Huber, in mehreren einzelnen Werken und kleinern Schriften erörtert worden, welche am gehörigen Orte angeführt werden sollen. Im Allgemeinen sind hier die unten [31]) angeführten zu bemerken.

condemnatura erat lesen will. Ihm stimmt auch *Jos.* Finestres in Hermogeniano pag. 922. §. 3. bey. Diese Erklärung ist allerdings richtiger, als wenn *Ant.* Faber Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 3. unsere Gesetzstelle von einem solchen Falle verstehen will, wo der extraneus beyden, sowohl dem Manne als der Frau, habe schenken wollen. Uebrigens wird die hier gebrauchte Redensart *reum condemnare* auch selbst bey den Klassikern häufig vom Kläger oder Ankläger gebraucht. Z. B. bey Suetonius in *Tiberio*; Quinctilianus *Declamat.* 313. Cicero *Orat. pro Caecinna.* Man vergl. auch noch *L.* 2. *D. de admin. et peric. tutor.* *L.* 2. *D. ad Leg. Jul. de adulter.* *L.* 6. §. 5. *D. de his, qui notant. infam.* Ulpian läugnet also in unserer Stelle nicht, daß der Donator von dem Manne hätte auf das Ganze belangt werden können, sondern er sagt nur, die Frau dürfe es dem Manne nicht zur Last legen, daß er den Donator mit der Bezahlung nicht gedrängt habe, weil ihn auch die Frau nicht auf das Ganze hätte belangen können. Man sehe auch *P.* Busius Subtil. Lib. III. cap. 9. *Jac.* Perenonius Animadversion. iur. civ. Lib. I. cap. 1. (in Thes. iur. Rom. Otton. Tom. I. pag. 594.) und Bachovius ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. VII. Th. 12. lit. A et B.

31) *Jul.* Caponi Tr. de dote. *Coloniae* 1733. f. *Jos.* Finestres et de Monsalvo de iure dotium Libri V.

§. 1230.

Gegenstand der dos.

Zum Heyrathsgute können alle und jede Sachen gegeben werden, wodurch der Zweck desselben, nämlich Bestreitung der ehelichen Lasten, erreicht werden kann, sie seyen bewegliche oder unbewegliche [32]), Vieh [33]), baar Geld, Grundstücke, bey den Römern auch Sklaven [34]); nicht minder unkörperliche Sachen. Z. B. Kapitalien (nomina) [35]). Hier lassen sich zwey Fälle gedenken. 1) Der Ehemann ist das Kapital selbst der Frau schuldig. Von diesem Falle handelt Ulpian *libro* 34. *ad Sabinum* [36]): Si cum marito debitore mulier pacta sit, *ut id, quod debeat, in dotem habeat:* dotis actione scilicet eam agere posse existimo. Licet enim ipso iure priore debito liberatus non sit, sed tamen exceptionem

Cervariae 1754. 4. *Jo. Henr.* Berger Diss. de discrimine bonorum uxoris. *Vitemb.* 1709. rec. *Jenae* 1749. *Jo. Pet.* Banniza Diss. de iure dotium. *Wirceb.* 1754. *Gottfr.* Mascovii Exercit. sistens Electa dotalia. *Goett.* 1739. *Jo. Ge.* Geyser Diss. de iuribus et obligationibus circa dotem, tam ex iure Rom. quam ex praxi germanica. *Goettingae* 1785. 4. und E. Schenk das Recht der dos vor Justinian. Landshut 1822.

32) *L. un.* §. 7. *Cod. de rei ux. act.*

33) *L.* 10. *pr. et* §. 3. *D. h. t.*

34) *L.* 65. *L.* 69. *D. eodem.*

35) *L.* 2. *Cod. de obligat. et action.* G. *Christ. Henr.* Breuning Quaest. iuris controversi, an in dotem nomen dari possit? *Lips.* 1774. Eiusd. Quaest. iuris controv. de nomine in dotem dato. *Lips.* 1771.

36) *L.* 12. §. 2. *D. h. t.*

habens potest. Das rechtliche Verhältniß ist hier folgendes. a) Die Frau kann während der Ehe das Kapital nicht zurückfordern. Der Mann bleibt zwar nach dem strengen Recht Schuldner, allein er kann sich gegen die Klage der Frau mit der exceptio pacti schützen[37]. b) Er ist auch während der Ehe zur Bezahlung der Zinsen nicht verbunden, wie Tryphonin *libro* x. *Disputationum*[38]) sagt: Si mulier debitori suo, qui sub usuris debebat, nuptura dotem promisisset, quod is sibi deberet: post contractas nuptias secuti temporis usuras non esse dotales: quia illa obligatio tota tolleretur[39]), perinde ac si solutum debitum mulieri in dotem ab ea datum esset. Tryphonin geht hier von der Ansicht aus, durch die Bestellung der dos sey die vorige Schuld aufgehoben, und eine solutio brevi manu anzunehmen. Allein ein noch viel

37) Das pactum de non petendo hebt nämlich die Klage nicht ipso iure auf, sondern begründet nur eine Einrede, welche der Ehemann hier durch die Bestellung der dos erhalten hat. S. *Scholia Basilicor.* Tom. IV. pag. 563. Sch. t. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXIV. Tit. 3. Nro. LXXIII. Not. c. pag. 71. Geschahe die Befreiung des Mannes von seiner alten Schuld durch Acceptilation, so wurde dadurch die Obligation ipso iure getilgt, und eine solutio brevi manu fingirt. *L.* 77. *D. h. t.* Auf jeden Fall aber erwirbt die Frau die actio dotis, wodurch sie nun das, was dem Mann als Schuld erlassen war, nach getrennter Ehe als Heyrathsgut zurückfordert, nicht anders, als ob sie dem Manne dasjenige, was er schuldig war, zum Heyrathsgute wirklich gegeben hätte.

38) *L.* 77. D. *h. t.*

39) *Cod. Erl.* tolletur.

näherer Grund, warum der Ehemann während der Ehe von der Bezahlung der Zinsen frey ist, liegt wohl darin, weil es ja, wie Ulpian[40]) sagt, höchst unbillig seyn würde, fructum dotis ab oneribus matrimonii zu trennen, und auf solche Art zu machen, *ut non habuisse dotem existimetur*. Tryphonin[41]) sagt selbst, dos, nisi matrimonii oneribus serviat, nulla est. Hier sollte also blos das Kapital zum Brautschatze dienen. Die Zinsen machen also keinen Theil desselben aus. Wie aber, wenn auch diese nebst dem Kapital zum Heyrathsgute bestimmt seyn sollten? Von diesem Falle spricht Papinian *libro 4. Responsorum*[42]): Mulier, sagt er: pecuniam sibi debitam a Sejo *cum usuris futuri temporis* in dote promittenda demonstravit: eas quoque *dotis portionem* esse, quarum dies post nuptias cessit, rationis est. Nach Papinian machen also in diesem Falle die Zinsen, welche der Mann von Zeit der geschlossenen Ehe an erhebt, einen Theil des Heyrathsgutes aus, und vermehren das Kapital. Dieß hält nun aber Cujaz[43]) für unvernünftig, und will daher rationis *non* est, lesen. Allein zu dieser Aenderung der Leseart ist kein hinreichender Grund vorhanden, da sie durch keine einzige Handschrift unterstützt, und durch die Basiliken[44]) widerlegt ist. Es ist auch nicht abzusehen,

40) *L.* 11. *D. de pactis dotalib.*

41) *L.* 76. *in fin. D. h. t.*

42) *L.* 69. §. 1. *D. eodem.*

43) Commentar. in libr. IV. Responsor. Papiniani ad h. L. (*Oper.* a Fabroto *editor.* Tom. I. pag. 160. sq.)

44) Tom. IV. Lib. XXIX. Tit. I. Const. 69. §. 1. pag. 525. *Γυνὴ τὸ κεχρεωστημένον αὐτῇ μετὰ τῶν τόκων ἐπι-*

warum dieser Vertrag unvernünftig seyn sollte. Der Mann benutzt hier die Zinsen als Kapital. Wie wenn das Kapital eine so große Summe betrüge, daß der Mann von der Benutzung der jährlichen Zinsen die Lasten der Ehe in jedem Jahre vollkommen bestreiten könnte? oder es kann auch ausgemacht seyn, daß die Frau dafür, daß die Zinsen alle Jahre zum Heyrathsgute gerechnet werden, die Lasten der Ehe selbst bestreiten solle. Beydes ist hier zu berücksichtigen, wie Ulpian *libro* 31. *ad Sabinum*[45]) in einem ähnlichen Falle sagt: Ego arbitror interesse, qua contemplatione dos sit data: ut si ob hoc ei maiorem dotem mulier dedit, quia fructus volebat esse dotis, contento marito ea pecunia, quae ex usuris redituum colligitur, posse dici conventionem valere: nec enim videtur sterilis esse dos. Finge quadragena[46]) annua esse reditus apud eum, qui non acciperet in dotem, nisi hoc convenisset, plus trecentum[47]): uti boni consuleret, tam uberem dotem consecutus? Et quid dicimus, si pactum tale intervenit, *ut maritus fructus in dotem converteret, et mulier se suosque aleret, tuereturve, et universa onera sua expediret?* quare non dicas conventionem valere[48])? 2) Das Kapital, welches

δωκεν ἐν προικί· καὶ οἱ μετὰ τὸν γάμον ἁρμόσαντες μέρος εἰσὶ τῆς προικός: i. e. *Mulier pecuniam sibi debitam cum usuris in dotem dedit: eae quoque dotis portio sunt, quae post nuptias competierunt.*

45) *L.* 4. *D. de pactis dotal.*

46) *Cod. Erl.* quadringenta.

47) *C. E.* plus trecentis.

48) Man sehe noch *Jo.* VANDE WATER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 15.

die Frau dem Manne als Heyrathsgut zubringt, ist ihr ein Dritter schuldig. Hier zieht der Mann nicht nur während der Ehe die Zinsen, sondern er kann auch das Kapital selbst erheben. Die Frau kann deswegen entweder die Klage gegen den Schuldner dem Mann cediren; oder es kann auch, statt einer Cession, eine Delegation geschehen, wenn nämlich die Frau, die das Heyrathsgut versprochen hat, ihren Schuldner überweißt, und der Schuldner der Frau nachher die Schuld derselben durch Expromission übernimmt[49]. Nach dem neuern Recht bedarf es aber dieses Umweges gar nicht mehr, sondern der Mann kann gegen den Schuldner der Frau actione utili klagen, wie die Kaiser **Valerianus** und **Gallienus** rescribirt haben[50]: Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litiscontestatio subsecuta sit: *utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius, qui nomen emerit, dari oportere,* saepe rescriptum est. Der Mann steht aber auch für die Gefahr, wenn das Kapital verloren geht; es muß nur nicht die Ursache des Verlusts an der Frau selbst gelegen haben, wie in dem Falle, den **Ulpian** *libro* 48. *ad Sabinum*[51]) entscheidet, wo es heißt. Debitor mulieris, iussu eius, pecuniam viro expromisit; deinde vir acceptam eam iussu mulieris fecit: res mulieri perit. Hoc quomodo accipimus? Utrum dotis nomine, an et si alia ex causa? et videtur de eo debitore dictum, qui dotis nomine promisit. Illud adhuc subest,

49) *L.* 36. *D. h. t.*

50) *L.* 2. *Cod. de obligat. et action.*

51) *L.* 36. *D. de iure dot.*

utrum ante nuptias, an post nuptias id factum sit: multum enim interesse videtur: *nam si secutis nuptiis id factum est, dote iam constituta, maritus accepto ferendo perdit dotem:* si autem antequam nuptiae sequerentur, nihil videtur doti constitutum esse. — Non enim, bemerkt Paulus *libro* 12. *ad Sabinum*[52]), alias perit mulieri actio, quam si nuptiae secutae fuerint: nam si secutae non sunt, manet debitor mulieri obligatus. Was hier der Mann auf Geheiß der Frau that, muß sie sich auf ihr Heyrathsgut anrechnen lassen; und es kann ihr, wenn sie nach getrennter Ehe actione dotis klagt, die Einrede entgegen gesetzt werden, daß auf ihr Verlangen die Acceptilation geschehen sey, ja der Mann kann actione mandati von der Frau Entschädigung verlangen, wie Ulpian in folgenden Worten[53]) noch hinzufügt: Sane videndum est, an marito mulier, quae iussit accepto ferri, obligetur? et putem obligari *mandati actione*, et hoc ipsum in dotem converti, quod mulier mandati iudicio obligata est: et quod dicitur rem mulieri perire, consequens est: nam si coeperit velle *de dote* agere, ipsa secum debebit compensare iussum suum[54]). Hatte zwar die Klage gegen den Schuldner Statt, allein der Ehemann konnte von dem Schuldner der Frau das Geld nicht erhalten, ohne daß ihm ein dolus oder culpa dabey zur Last fällt, so findet gegen ihn dotis nomine kein weiterer Anspruch Statt[55]).

Gegenstand einer dos kann auch eine Erbschaft seyn. Einen solchen Fall führt Ulpian *libro* 16. *ad Edictum*[56]) aus dem Marcellus an. Apud

52) *L.* 37. *D. eodem.*

53) L. 38. D. h. t.

54) Der griechische Scholiast in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 579. Schol. r. erklärt das *compensare iussum suum* (κομπενσατέυειν τὴν οἰκείαν κέλευσιν) durch τὸ ἐκ τῆς μανδάτι χρέος. i. e. *id quod ei debet ex mandato.*

55) *L.* 49. *pr. D. Soluto matrimonio dos quem. petat.*

56) *L.* 13. §. 10. *D. de heredit. petitione.* Man vergleiche über diese Stelle den 7. Th. dieses Commentars. §. 565. S. 521.

Marcellum *libro IV. Digestorum*, sagt er, relatum est, si mulier hereditatem in dotem dedit, maritum *pro dote* quidem possidere hereditatem, sed petitione hereditatis utili teneri. Sed et ipsam mulierem directa teneri, Marcellus scribit: maxime [57]), si iam factum divortium est. Es ist zwar hier nur von einer solchen Erbschaft die Rede, welche der Frau nicht gehörte, sondern der Erbschaftsklage ausgesetzt war; daß aber auch die Sache in dem Falle, da die Erbschaft der Frau wirklich als wahrer Erbin gehört, ausser allem Zweifel sey, sagt eben dieser Marcellus *libro VII. Digestorum* [58]), wo es heißt: Ex asse heres institutus rogatusque mulieri dodrantem hereditatis restituere, iussu eius, quod debet, doti promisit marito. Vereor, non [59]) sit obligatus: nam mulieri in hoc tenetur, ut hereditatem restituendo transferat actiones, et quas habet, et quibus est obstrictus: quas transferre ad alium, quam cui debet fideicommissum, non potest. Aliquis dixerit, incerti cum eo agi posse, fideicommissi [60]) praestet aestimationem: huic ego consentire non possum: nam obligari mulieris debitorem ita aequum est, si accipere id ipsum, quod ei debetur, vir potest. Sed ne indotata mulier esse videatur, dicendum est, ipsi mulieri ex Trebelliano restituendam esse partem hereditatis, quae ei relicta est, ut ea suo marito pro dote eam solveret: quia et ad eam fideicommissum et onera eius pertinent: delegatione propter nimiam subtilitatem et casus necessitatem minime obtinente.

57) *Maxime* wird hier für utique, ita demum genommen. S. Finestres de jure dot. Libro IV. c. 25.

58) *L.* 59. §. 1. *D. h. t.*

59) *Cod. Erl.* ne non.

60) *Cod. Erl.* ut fideicommissi.



